

LE DIVORCE
ET
LA SÉPARATION DE CORPS
DANS LES PRINCIPALES LÉGISLATIONS CONTEMPORAINES
ET LA SOLUTION DES CONFLITS DANS CETTE MATIÈRE
(ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ ET DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 29 Mai 1928, à 14 heures

PAR

Marguerite RICHARD-PRASSINOS

Président : M. LEVY-ULLMANN

Suffragants { MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Professeur*
MAURICE PICARD, *Chargé de Cours*

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1928

*Tous droits de reproduction, traduction et adaptation, expressément réservés
pour tous pays.*

**LE DIVORCE
ET LA SÉPARATION DE CORPS**

DANS LES PRINCIPALES LÉGISLATIONS CONTEMPORAINES

ET LA SOLUTION DES CONFLITS DANS CETTE MATIÈRE

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE DIVORCE
ET
LA SÉPARATION DE CORPS
DANS LES PRINCIPALES LÉGISLATIONS CONTEMPORAINES
ET LA SOLUTION DES CONFLITS DANS CETTE MATIÈRE

(ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ ET DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 29 Mai 1928, à 14 heures

PAR

Marguerite RICHARD-PRASSINOS

Président : M. LEVY ULLMANN

Suffragants { MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Professeur
MAURICE PICARD, Chargé de Cours

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1928

*Tous droits de reproduction, traduction et adaptation, expressément réservés
pour tous pays.*



A MON PÈRE

LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS

DANS LES PRINCIPALES LÉGISLATIONS CONTEMPORAINES
ET LA SOLUTION DES CONFLITS DANS CETTE MATIÈRE

(Étude de Droit comparé et de Droit international privé)

INTRODUCTION

Au cours de l'histoire, la législation du divorce et de la séparation de corps a varié suivant les diverses conceptions du mariage qui ont tour à tour prévalu et dont les trois principales sont : la conception religieuse, la conception contractuelle et la conception sociale.

Dans la théorie religieuse, et particulièrement suivant le dogme chrétien, le mariage est une institution divine. Un lien religieux unit les époux. Ce lien ne peut être légèrement brisé. Il sera même, le plus souvent, considéré comme indissoluble et cette conception du mariage exclura le droit au divorce.

La théorie contractuelle, généralement celle des législations antérieures au Christianisme et qui au XVIII^e siècle a victorieusement combattu dans plusieurs

pays la théorie religieuse, fait au contraire une large part à la volonté individuelle. Le mariage, formé comme un contrat ordinaire par le seul consentement des époux — sous réserve de certaines conditions de publicité — n'est qu'une communauté de sentiments et d'intérêts dont le but principal est la procréation et l'éducation des enfants. Dès lors, si la communauté d'intérêts et de sentiments cesse, le mariage pourra être dissous par la répudiation unilatérale ou par le mutuel consentement des époux.

La conception sociale, qui a prévalu surtout au xix^e siècle est une réaction contre l'individualisme excessif de la conception contractuelle. Elle ne supprime pas la liberté de l'individu, mais la subordonne à l'intérêt de la société ; elle réglemente ses droits en accentuant ses devoirs. Si le mariage n'est pas considéré seulement comme un contrat privé mais comme une institution sociale et l'une des plus importantes, l'Etat interviendra pour le réglementer et n'autorisera sa dissolution que pour un nombre limité de causes.

Un aperçu historique des grandes phases de l'évolution du mariage nous permettra de juger quelle a été l'influence de ces trois conceptions sur le droit au divorce. Nous examinerons ensuite dans chacun des Etats de l'Europe et dans les régions colonisées par les Européens l'évolution particulière de la législation.

CHAPITRE PREMIER

LES PHASES DIVERSES DE L'ÉVOLUTION DU MARIAGE

I. — L'ANTIQUITÉ

Dans le droit hébraïque, le mariage se formait librement, par contrat ; mais il devait avoir pour but principal la perpétuité et la pureté de la race élue. Il en résultait que le divorce était largement permis aux hommes ; il leur était même parfois imposé par la loi ; par exemple dans le cas d'adultère de la femme. D'une manière générale si le mari ne trouvait pas dans la personne de sa femme les qualités auxquelles il s'attendait, il pouvait la répudier. La femme peut aussi demander le divorce dans certains cas, par exemple, si le mari la maltraite habituellement ou s'il mène une vie déréglée (1).

Dans la Grèce ancienne, le mariage également formé

(1). E. Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, 2^e éd. 1880.

par contrat, avait primitivement pour but d'unir deux personnes dans un même culte familial et d'assurer la continuation de ce culte par la procréation des enfants. Le contrat était passé entre le futur mari et la personne qui avait autorité sur la femme (Kyrios) ; il était habituellement accompagné du versement de la dot.

Les divorces à Athènes étaient fréquents à l'époque classique et les maris n'étaient guère retenus que par crainte d'avoir à restituer la dot. La femme aussi avait le droit de divorcer, mais l'état d'incapacité dans lequel la loi et les mœurs la plaçaient rendait son action difficile. Le divorce avait aussi lieu par l'intervention d'un tiers. Le père pouvait, après avoir donné sa fille en mariage, la séparer de son mari pour la reprendre chez lui ou la donner en mariage à un autre. Le mari avait la faculté de donner sa femme à un autre ou de la léguer par testament. Enfin le divorce pouvait avoir lieu par consentement mutuel (1).

A Rome, la conception contractuelle du mariage semble toujours avoir prévalu. Même quand il était anciennement revêtu des formes religieuses de la *confarreatio*, on avait admis dans certains cas la répudiation (2). Plus tard, le mariage perdant tout caractère religieux, se rompait avec une grande facilité, par consentement mutuel ou par répudiation unilatérale ; tout au plus celle-ci, si elle est injustifiée, pouvait-elle être frappée de quelques peines.

(1). Leipsius, *Der Attische Process*, 1883-87.

(2). De Clareuil, *Rome et l'organisation du Droit*, p. 119-120 ; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*.

Dans les anciennes coutumes germaniques, le mariage était un contrat de vente ; le mari achetait sa femme moyennant une somme d'argent qu'il remettait à son père ou à son mainbour. Comme le mariage, le divorce était une affaire purement privée, placée en dehors de tout contrôle judiciaire, mais la femme semble avoir eu une situation inférieure dans le mariage. Le mari seul avait le droit de répudier. Il s'exposait, il est vrai, à la vengeance des parents, s'il exerçait ce droit sans cause légitime telle que adultère, etc. Plus tard le divorce par consentement mutuel prit place dans les lois germaniques qui ont subi l'influence romaine (1).

II. — LE CHRISTIANISME

Avec le Christianisme, le mariage prend un caractère nouveau. L'Eglise chrétienne, qui tenait de ses origines ascétiques le mépris et la défiance de la chair, considérait le célibat qui permettait de se donner sans partage aux choses de Dieu, comme le degré le plus élevé de la vie religieuse et par conséquent comme supérieur au mariage. Cependant, forcée de reconnaître que cet état de continence n'était accessible qu'à un petit nombre de chrétiens, elle admettait le mariage comme une concession faite à la nature humaine (*indulgentia*), l'encourageait même comme un préservatif (*remedium*) contre les mœurs déréglées dont la société

(1) Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3^e éd., 1905, p. 441 ;
Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, 1900, A.

païenne du monde romain donnait de trop nombreux exemples (1). Mais pour purifier le mariage de ce qu'il avait de charnel, pour élever cette forme de vie au-dessus de la conception humaine d'une simple union de sentiments et d'intérêts, l'Eglise voulut que la grâce divine intervint en quelque sorte dans cette union, sous le signe visible d'une bénédiction nuptiale donnée par le prêtre aux fiancés qui, de leur libre consentement, prenaient devant lui l'engagement de se marier suivant la loi civile de leur pays. Elle fit donc ainsi du mariage, comme elle avait fait de la pénitence et du baptême, un *sacrement* (2). A la vérité pendant très longtemps cette consécration religieuse ne fut pour les chrétiens qu'une obligation de conscience : ceux qui ne demandaient pas à l'Eglise la bénédiction de leur mariage faisaient preuve d'une négligence coupable et se privaient du secours surnaturel de la Grâce. Néanmoins leur union était tenue pour légitime, parce que, selon la doctrine des théologiens et la jurisprudence canonique, c'était le consentement publiquement exprimé qui constituait l'essence même du mariage, la consécration religieuse ne créant pas l'union mais la sanctifiant. Ce fut seulement très tard, au xvr^e siècle, par les décrets du Concile de Trente, que la bénédiction nuptiale fut rendue nécessaire pour la validité du mariage *in facie Ecclesiae*, lequel devint ainsi un contrat formel (3).

(1). Seeberg, *Lehrbuch der Dogmengeschichte*, III (1913), 270.

(2). Harnack, *Dogmengeschichte*, 1922, p. 400.

(3). Viollet, *Ibid*, p. 463-465.

De cette doctrine, qui donnait à l'union des époux une sorte d'investiture divine, il résultait logiquement que le mariage chrétien devait être considéré comme indissoluble, et que l'Eglise ne pouvait admettre, ni la répudiation unilatérale, ni le divorce par consentement mutuel, car « la volonté de l'homme ne devait pas séparer ce que Dieu avait uni ». Les époux doivent donc être prêts à se pardonner le mal qu'ils se sont fait et ne jamais se séparer sans esprit de retour.

Toutefois les paroles du Christ, sur lesquelles était en partie fondée cette doctrine, n'étaient pas rapportées de la même façon dans les divers Evangiles ; et un passage de saint Mathieu (1) qui ne se retrouvait ni dans saint Luc ni dans saint Marc, semblait admettre exceptionnellement, dans le cas d'adultère de la femme, le droit pour le mari de la répudier en vue de contracter une nouvelle union, conformément à l'ancienne loi mosaïque. De là, pendant les premiers siècles du Christianisme, des divergences profondes entre les interprètes de la doctrine et les représentants de l'autorité ecclésiastique. Mais la majorité des docteurs et des évêques, saint Jérôme notamment et surtout saint Augustin, se prononcèrent pour l'indissolubilité absolue, et la doctrine de l'Eglise romaine se fixa définitivement dans ce sens (2). Il y avait cependant des cas assez fréquents où, soit par la faute de

(1). Saint-Mathieu, V, 31 et XIX, 3-12 ; Saint-Luc, XVI, 18 ; Saint-Marc, X, 11-12.

(2). Viollet, *op. cit.*, p. 484 ; Esmein, *Le mariage en droit canonique*, 1900, t. II, p. 48.

l'un ou de l'autre des époux, soit pour une cause indépendante de leur volonté (absence prolongée, condamnation pénale, démence. etc.), la continuation de la vie commune devenait impossible. L'Eglise alors autorisait les époux à vivre séparés, mais sans que le lien conjugal fût rompu et par conséquent sans qu'un nouveau mariage leur fût permis. Ce fut l'origine de ce que nous appelons aujourd'hui la séparation de corps.

Lorsque, sous Constantin, le Christianisme devint religion d'Etat, l'Eglise fit pénétrer ses principes dans la législation civile notamment en matière de droit familial : mais elle ne réussit pas à faire inscrire dans les constitutions impériales l'indissolubilité du mariage. Constantin prohiba le divorce par consentement mutuel, qui fut rétabli après lui et ensuite interdit par Justinien sauf dans le cas où il était inspiré par le désir de vivre dans une continence absolue (*propter castitatem*). Mais le divorce pour causes déterminées continua à être admis jusque dans la législation Justiniennne (1), qui est restée encore actuellement la base du droit dans l'Eglise orthodoxe d'Orient. Cette église, qui considère le mariage à la fois comme un contrat civil et comme un sacrement, reconnaît la possibilité du divorce pour adultère d'abord, suivant le texte de l'évangile de saint Mathieu, puis pour d'autres causes qui peuvent être assimilées à l'adultère et à la mort de l'un des époux.

(1). Esmein, *op. cit.*, p. 82 et ss.

Dans les diverses législations des Etats formés en Occident au v^e et au vi^e siècle, par les envahisseurs de race germanique, l'idée chrétienne ne pénétra qu'avec lenteur, mais finit par triompher. En Gaule notamment, sous les Mérovingiens et les Carolingiens, les Capitulaires de 789 et de 829 prohibèrent le divorce d'une manière absolue (1). En fait, il subsiste encore longtemps au moyen âge dans quelques coutumes régionales (Béarn, Barcelone). Mais pendant l'anarchie féodale du x^e et du xi^e siècle, le pouvoir disciplinaire de l'Eglise, qui allait grandissant, se substitua entièrement au pouvoir civil ; les juges d'Eglise attirèrent à eux et jugèrent selon le droit canonique toutes les questions qui touchaient au mariage (2). Toutefois il importe de remarquer que la doctrine de l'indissolubilité ne fut rigoureusement appliquée pendant le moyen âge que dans le cas où le mariage avait été matériellement consommé. Dans le cas contraire, la jurisprudence canonique prononçait non seulement la séparation de corps, mais la dissolution du mariage, pour certaines causes déterminées, telles que l'entrée en religion de l'un des époux, le fait que l'un deux avait commis un rapt ou contracté un autre mariage suivi de cohabitation. Ces causes de dissolution furent réduites par le Concile de Trente à une seule, celle de l'entrée en religion. D'autre part, il arriva, dans quelques circonstances exceptionnelles, que les tribunaux ecclé-

(1). P. Viollet, *op. cit.*, p. 437 ; E. Chénon, *Histoire générale du Droit français*, t. I, p. 390.

(2). Brissaud, *op. cit.*, p. 1059.

siastiques prononcèrent, sous une forme déguisée, de véritables divorces, en considérant comme nulles *ab initio* des unions dont la cause de nullité n'était survenue que postérieurement à leur formation. La jurisprudence de l'Eglise sur le divorce fut donc en fait moins sévère qu'on ne le penserait à première vue (1).

Au point de vue théorique doctrinal l'indissolubilité avait pris corps au XII^e siècle dans le *Corpus juris canonici* ; confirmée par les Conciles du XV^e et du XVI^e siècles elle devait régir tout l'Occident catholique, France, Espagne, Italie, Allemagne catholique, jusqu'à la Révolution. La fermeté et la continuité de cette doctrine est manifeste. Le pape Eugène IV en 1439, au moment où finissaient les grands schismes du XIV^e et du XV^e siècles n'avait fait que répéter ce qu'Augustin avait dit au IV^e siècle à l'expiration du monde romain et qu'avaient répété Pierre Lombard, Pierre Damien, Hugues de Saint Victor et tant d'autres. La célèbre comparaison d'Augustin, que le sacrement du mariage était l'image de l'union du Christ et de l'Eglise, était, autant que l'œuvre de saint Thomas, à la base des définitions du Concile de Trente(2). Les pères du Concile n'innovaient rien quand ils déclaraient que le mariage avait été fondé par le Christ lui-même, quand ils frappaient d'anathème tous ceux qui déclaraient *matrimonii vinculum posse dissolvi*, que l'un des époux, même l'innocent, pouvait se remarier du vivant de l'autre (can. 7), que l'Eglise n'avait pas le droit de

(1). E. Glasson, *op. cit.*,

(2). Esmein, *op. cit.*, t. II, 48.

prononcer entre les époux une séparation temporaire (can. 8) et d'une manière générale tous ceux qui soutiendraient *causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos* (can. 18).

III. — LA RÉFORME

Le schisme qui, dans l'Eglise d'Occident, était apparu tant de fois menaçant au cours du ^{xiii}e, du ^{xiv}e et du ^{xv}e siècles, s'était consommé au commencement du ^{xvi}e. Une partie de la chrétienté s'était détachée de Rome. De cette révolution religieuse résulta une conception nouvelle du mariage.

Tandis que l'Eglise catholique le considérait comme un sacrement, une institution divine indépendante des lois et des contingences humaines, le droit protestant ne voyait dans le mariage qu'une institution humaine, ordonnée, il est vrai, par Dieu, mais soumise aux juges et aux autorités d'ici-bas. Cessant d'être un sacrement, le mariage entrait dans le domaine de la morale et de la sociologie. Il devait constituer, avec la famille, la forme la plus haute et la plus spécialisée de l'amour du prochain, le prototype des relations humaines et sociales, l'image primitive de l'Eglise, un état où, par la volonté de Dieu, chaque homme a le devoir d'entrer (1).

(1). Ernst Troeltsch, *Die Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt*.

Hostile aux sacrements, la Réforme, mouvement à la fois religieux et laïque, ou si l'on préfère, anti-ecclésiastique, tendit à rehausser le rôle de l'Etat et rendit à la société civile beaucoup de fonctions que l'Eglise avait usurpées. Suivant la doctrine de ses principaux représentants, le mariage devait à cause de l'importance de son rôle social être réglementé par le pouvoir civil, et le divorce être permis seulement dans les cas déterminés par la loi civile. Cette conception de la collaboration nécessaire de l'Eglise et de l'Etat suffit à expliquer l'apparente contradiction que l'on constate entre la haute valeur morale attribuée au mariage par les réformateurs qui voyaient en lui un état sacré ordonné par Dieu lui-même, et le mot de Luther proclamant ce même mariage une chose terrestre, soumise comme les autres choses de ce monde à l'autorité de l'Etat. La défense faite par le Christ de rompre le mariage ne s'appliquerait qu'au commun des mortels et non pas à ceux qui détiennent l'autorité, à l'Etat. Dans ses *Propos de Table* Luther dira : « Hie wisse wenn der Kaiser und die Oberkeit in ihren Gesetzen und Ordnungen die Ehe scheiden... » (1).

Ainsi le mariage n'est point indissoluble. Il y aura des exceptions à l'indissolubilité et en premier lieu l'exception fondée sur le texte de saint Mathieu. Mais l'adultère ne sera pas la seule cause qui légitimera la rupture du mariage. Les réformateurs sont d'accord pour y joindre l'abandon malicieux et le refus obstiné de

(1). Tischreden, C. A. Bd LXI S, 241.

rendre le devoir conjugal. Au delà de ces concessions à la faiblesse humaine leur accord cesse. Luther n'admettra pas d'autre cause de divorce, tandis que Melanchton (1) et les partisans d'une doctrine moins absolue, se reportant au droit romain, ajouteront les sévices et même certains crimes comme le parricide : celui qui s'est rendu coupable d'un crime aussi affreux ne peut être en effet assimilé qu'à un incroyant pour lequel n'est pas fait l'Evangile, mais seulement la loi civile ; on lui appliquera le C. Théodosien (2). L'adoucissement du droit criminel au XVIII^e siècle, dans la plupart des législations de l'Europe, qui se manifesta par la substitution fréquente du bannissement ou de l'emprisonnement à la peine de mort, eut pour conséquence indirecte de multiplier dans la doctrine protestante, les causes de divorce. Quand l'un des époux était condamné au bannissement perpétuel ou à un long emprisonnement, il parut nécessaire d'accorder à l'époux innocent le droit de divorcer. Au cours du XIX^e siècle on alla plus loin encore : on considérait comme causes de divorce non seulement les sévices et les menaces, mais les peines de prison de courte durée, les délits déshonorants, le dissentiment mutuel inguérissable.

IV. — LE XVIII^e SIÈCLE ET LES IDÉES RATIONALISTES.

Sous l'influence des théories philosophiques du droit naturel, la conception du mariage subit au XVIII^e siècle

(1). Melanchton, *De conjugio*.

(2). C. Théodosien ⁸, C. *de repudiis*, 17.

une transformation plus profonde encore. Les esprits cultivés en vinrent à considérer le mariage, non plus comme une institution divine ou du moins ordonnée par Dieu, et ayant en elle-même sa fin, sa raison d'être, mais uniquement comme un contrat civil et comme le moyen régulier d'atteindre un but social qui est la procréation et l'éducation des enfants. Cette théorie ruinait le principe de l'indissolubilité du mariage, si fortement ébranlé déjà par la Réforme. En effet, dès l'instant que le but du mariage ne pouvait plus être atteint, il devait être loisible aux époux de dissoudre le lien qui les unissait. Or comment ce but pouvait-il être réalisé si l'un des époux était atteint de folie, ou d'une maladie contagieuse grave, ou s'il éprouve pour l'autre une aversion insurmontable ? En poussant la théorie à son extrême conséquence logique on en arrivait non seulement à permettre le divorce pour faute grave d'un des époux, mais à l'accorder pour des circonstances qui se seront produites indépendamment de leur volonté, sans que l'on puisse imputer à l'un ou à l'autre une faute. C'était la révolte contre la théorie pénale du divorce, contre ce que les Allemands appellent le « Verschuldungsprinzip » (1), le principe de la faute appelant le châtiement. On concevait le divorce non plus comme la sanction de l'infraction des époux aux devoirs résultant du mariage, mais comme la rupture du lien conjugal en dehors de toute idée de faute, en conséquence d'un acte volontaire ou d'un cas fortuit (folie, absence pro-

(1). Zilkens-Pfeithoffen, *Das Verschuldungsprinzip*.

longée) faisant disparaître la communauté morale ou matérielle qui est l'essence même du mariage.

Par cette exclusion de l'idée religieuse, par cette confiance dans le droit et la raison, ces doctrines philosophiques se rapprochaient sensiblement des idées qui avaient cours dans le droit romain de l'époque impériale, où la simple volonté suffisait pour amener le divorce, où l'époux qui rompait le mariage injustement s'exposait seulement à certaines sanctions pécuniaires et voyait néanmoins son mariage valablement dissous.

Notre législation révolutionnaire et le Code prussien de 1791 sont les signes concrets de cette tendance.

V. — LA RÉACTION DU XIX^e SIÈCLE.

Le XIX^e siècle conscient de la valeur sociale du mariage lui restitua le caractère moral dont la philosophie rationaliste l'avait dépouillé. Si le divorce, partout où il existait déjà, fut maintenu, on le réglementa assez étroitement. On rejeta partout le divorce par consentement mutuel, et sauf une seule exception (divorce pour aliénation mentale) on vit dans la dissolution du lien conjugal du vivant des époux un châtiment infligé au coupable. C'est encore, à l'heure actuelle, la théorie qui prévaut généralement en Europe et aux Etats-Unis. Cependant l'idée que le divorce n'est pas une pénalité, mais la dissolution d'un contrat dont les conditions morales ont cessé d'être remplies, fait des progrès partout et au cours du premier quart du XX^e siècle nous avons

assisté dans quelques pays à l'éclosion d'un droit nouveau du divorce.

VI. — CONCLUSION. LES TENDANCES EXTRÉMISTES D'AUJOURD'HUI

Dans presque tous les pays du monde, à l'exception de l'Italie, de l'Espagne, du Brésil et de l'Argentine, le divorce *a vinculo* existe. Mais si son effet principal, la dissolution du mariage, du vivant même des époux, est toujours le même, l'esprit de l'institution diffère et les causes et les effets secondaires varient à l'infini. Les idées qui sont à la base du divorce et de la séparation de corps subissent une transformation continue. Nous avons suivi, d'une manière très générale leur évolution historique. Cette évolution, rapide dans certains pays, a été beaucoup moins sensible dans d'autres. La vieille idée théocratique qui voit dans le divorce le châtiment de l'époux coupable est demeurée vivante en Angleterre ; et en France, si l'on excepte le court passage des lois révolutionnaires, elle est à peine ébranlée. En Allemagne, bien que le C.C. proclame avec force le « Verschuldungsprinzip », le divorce pour aliénation mentale est une sérieuse brèche au système. Mais c'est en Suisse, dans les pays Scandinaves, dans certaines législations récentes de l'Amérique Centrale (1) et en Russie que nous trouvons la

(1) San Salvador, l. 19 avril 1902 (*Ann. Législ. Etran.*, 1907, p. 711) Equateur, l. 4 Oct. 1910 (*Ann.*) Uruguay, l. 6 sept. 1913. (*Gazette des Tribunaux*, 11 fév. 1914). Cuba, l. 29 juil. 1918 (*Ann.*

plus profonde atteinte au principe de culpabilité et comme un retour aux idées romaines sur le divorce.

Le C.C. suisse permet par son art. 142 de demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable. Contrairement au C.C. allemand il n'est fait aucune mention de faute. Il est surtout donné de l'importance à une situation de fait, l'ébranlement du lien conjugal, quelle qu'ait pu en être la cause. Dans le droit suédois le plus récent (1), la garantie du contrôle judiciaire n'existe même plus. Les époux peuvent divorcer par consentement mutuel sans avoir à faire connaître au juge les raisons de leur décision. On présumera que la vie commune est devenue intolérable. La seule garantie, et elle est assez illusoire, contre les divorces hâtifs et mal fondés, est la nécessité d'une séparation de corps préalable d'une année, la période d'épreuve que nous trouvions déjà dans le droit des cantons suisses réformés. Si, au bout d'un an, les époux persistent dans leur désaccord, le juge doit prononcer le divorce à la requête de l'une ou de l'autre partie.

En Russie, enfin, la législation bolchéviste a enlevé tout avantage au mariage enregistré et fait de cette grande institution morale un contrat qu'il est aussi facile de dissoudre que de conclure.

1918-19, p. 381). Etats-Unis du Mexique. Dans l'Etat du Yucatan le divorce peut être prononcé à la requête des deux parties ou de l'une d'elles seulement au moyen d'un simple procès-verbal dressé par l'officier d'état civil (G. d'Ardenne de Tizac, *Gaz. des Tribunaux* du 15 mars 1925).

(1) Loi du 11 juin 1920.

CHAPITRE II

ÉVOLUTION PARTICULIÈRE DANS LES PRINCIPAUX PAYS D'EUROPE ET LES RÉGIONS COLONISÉES PAR LES EUROPÉENS

Nous examinerons successivement les groupes catholique, protestant, orthodoxe et anglo-saxon.

a) GROUPE CATHOLIQUE

1° *France*. — Pendant tout le moyen-âge, l'Eglise posséda en France, comme dans les autres Etats chrétiens de l'Europe une juridiction exclusive sur le mariage. Le divorce y était donc prohibé, et c'étaient les tribunaux ecclésiastiques qui prononçaient la séparation de corps, laquelle n'avait lieu que pour des causes graves, abandonnées à l'appréciation des juges. Mais à partir du xvi^e siècle une réaction se produisit : la royauté, devenue plus forte, ressaisit peu à peu la juridiction et le pouvoir législatif dans les questions qui touchaient au mariage. Les tribunaux royaux, en particulier les Parlements, commencèrent par s'attribuer exclusivement la connaissance des intérêts pécuniaires qui naissaient du mariage ou qui pouvaient être lésés

par la séparation du corps ; puis au xvii^e siècle, se déclarant seuls compétents pour statuer sur le contrat civil qui était, de l'aveu même des théologiens, la matière du sacrement de mariage, ils prononcèrent seuls la séparation d'habitation entre les mariés, pour la raison « que cette séparation entraînait toujours celle des biens » (1). D'ailleurs comme les tribunaux d'Eglise, les tribunaux civils appréciaient librement les causes de séparation : elles supposaient toujours la faute d'un des époux et l'on était plus sévère pour la faute de la femme que pour celle du mari.

Avec la Révolution — nous l'avons vu — s'introduit une conception totalement différente du mariage. Une séparation complète s'établit entre la loi civile et la loi religieuse. La Constitution du 3-14 septembre 1791 ne considère le mariage que comme un contrat civil. La loi du 20-25 septembre 1792 abolit la séparation de corps et la remplace par le divorce qui est permis de la façon la plus large. Elle admet le divorce notamment pour folie et absence prolongée, par le consentement mutuel des époux et par la volonté d'un seul pour incompatibilité d'humeur.

Le C. C. de 1804 resta fidèle à la Constitution de 1791 en ce sens qu'il maintint la séparation entre les croyances religieuses des époux et la loi civile qui, seule, réglemente le mariage, mais il restitua au mariage le caractère moral dont la législation révolution-

(1) P. Viollet, *Hist. du Droit civil français*, 3^e éd. 1905, p. 437-438.

naire l'avait dépouillé. Le divorce fut maintenu (1) : mais il n'était plus permis pour incompatibilité d'humeur, et si une place est faite au divorce par consentement mutuel, c'est dans un esprit tout différent de celui qui inspira la loi de 1792. Le divorce par consentement mutuel, difficile à obtenir, devint un moyen laissé aux époux de rompre le mariage sans scandale, dans les cas où l'existence d'une cause déterminée de divorce leur aurait permis d'obtenir judiciairement la dissolution. Il jouera, théoriquement, toutes proportions gardées, le même rôle que la séparation de corps consensuelle dans le droit italien contemporain. Le C. Napoléon rétablissait en outre la séparation de corps considérée comme le divorce des catholiques et organisait la conversion de la séparation de corps en divorce.

Aboli par la Restauration le 8 mai 1816, le divorce ne fut rétabli que par la loi du 27 juillet 1884. Cette loi qui ne fut pas votée sans résistances n'admet le divorce que pour des causes déterminées qui, toutes, impliquent la culpabilité du conjoint contre lequel le divorce est demandé.

2^o *Belgique*. — La Belgique reçut le Code Napoléon à sa promulgation comme la France propre. Le pays s'étant séparé de la Hollande en 1830, avant la mise en vigueur du Code néerlandais, conserva le Code français.

(1) Napoléon n'a-t-il pas dit, à propos du titre VI qui le réglemente, qu'il était le fondement de la législation civile et que le supprimer eût été « châtrer » le Code Napoléon ? Lettre du 27 nov. 1808 à Joachim Murat. Livre du Centenaire du C. C., p. 690.

3^o *Italie.* — Au moment de la conquête napoléonienne le régime de la séparation de corps prononcée par les tribunaux ecclésiastiques était en vigueur en Italie dans tous les Etats, sauf à Venise, à Modène et en Toscane où la connaissance des causes de séparation avait été confiée au juge séculier. Le C. Napoléon qui autorisait le divorce, ne régita la Péninsule que pendant une courte période de temps. Les événements de 1814 déterminèrent avec la chute de l'Empire le rappel des anciens princes et la disparition du droit nouveau. Certains Etats revinrent à la séparation canonique (Code Albertin, Code d'Este) et restituèrent à l'autorité ecclésiastique la connaissance des causes matrimoniales. D'autres, tel que le Code des Deux-Siciles de 1819 et le Code Parmesan, réglèrent eux-mêmes la séparation. Les causes admises étaient en général celles du Code Napoléon ; toutefois dans la législation du royaume des Deux-Siciles la séparation par consentement mutuel était possible avec homologation du tribunal, et il en était de même dans le Code autrichien, qui faisait loi en Lombardie et en Vénétie. Le Code Parmesan comptait parmi les causes de séparation la maladie incurable et contagieuse.

Le Code civil italien, entré en vigueur en 1866, admet la séparation de corps pour causes déterminées et à côté d'elle la séparation consensuelle résultant de l'accord des époux homologué par le tribunal (1).

(1) G. Gahy, *Le Principe de l'indissolubilité du mariage et la séparation de corps en droit italien.*

4^o *Espagne*. — C'est le droit canonique qui pendant les siècles passés et encore aujourd'hui régit le mariage en Espagne, où les décisions du Concile de Trente (1) ont force de loi. La séparation de corps existe seule, et la connaissance des demandes en séparation de corps, quand il s'agit de mariages religieux, ressortit aux tribunaux ecclésiastiques — art. 80 C. C. La sentence rendue par le tribunal ecclésiastique est transcrite sur le registre civil et son exécution en ce qui concerne les effets civils de la séparation de corps est demandée aux tribunaux civils. Si les époux ne sont mariés que civilement, les demandes en séparation de corps relèvent des tribunaux civils.

L'alinéa 1^{er} de l'art. 12 du C. civ. porte que les dispositions du titre IV du livre I, lesquelles ont trait au mariage et à la séparation du corps, sont obligatoires pour tout le royaume (2).

5^o *Autriche*. — Bien que le Code civil autrichien (3) n'ait été mis en vigueur qu'en 1811, il s'apparente logiquement par son esprit aux doctrines du XVIII^e siècle. Il en porte l'empreinte rationaliste et philosophique. Martini et Zeiller, son successeur, qui ont présidé la commission des travaux de codification, n'étaient-ils pas tous deux professeurs de droit naturel ?

(1) Cédula royale 12 de juillet 1564.

(2) R. Roger, *Sources et domaine d'application du droit civil espagnol*. Bulletin de la Société de Législation comparée 1925, p. 227.

(3) Stubenrauch, *Commentar zum österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch*.

Le Code se caractérise par une très grande tolérance religieuse et le respect des croyances propres aux différentes races qui composaient cet empire hétérogène : le divorce est défendu aux catholiques ; il est permis au contraire aux individus de confession juive ou protestante, par exemple, dont la religion l'autorise.

La législation du divorce est restée la même dans la République autrichienne. Dans les pays tchèques, où le Code autrichien est demeuré en vigueur, la partie relative au divorce a été remplacée par la loi de 1919.

5^o *Canada*. — Au Canada le droit est en partie d'origine française, en partie anglaise. La législation d'origine française est la plus ancienne. Elle s'introduisit sous la forme de la coutume de Paris (1) presque à l'origine de l'occupation du pays par le français Jacques Cartier. La Cie de la Nouvelle France, ou Cie des Cent Associés, toute puissante dans la colonie, tendit à favoriser son extension. L'administration de cette Cie ayant donné lieu à de graves abus, Louis XIV en prononça en 1663 la dissolution et créa une cour suprême sous la dénomination de Conseil Supérieur de Québec. Une année plus tard, la Cie des Indes Occidentales fut fondée, et l'Edit qui la créa indique que les juges devront se conformer à la coutume de la Prévoté et Vicomté de Paris. C'était la consécration officielle de

(1) Antier, *La survivance de la seconde coutume de Paris et le droit civil du Bas-Canada*, Rouen 1923.

cette coutume et des ordonnances royales qui la complétaient (1).

Lorsque, à la suite des capitulations de Québec et de Montréal, le Canada fut cédé à l'Angleterre par le traité de Paris (1763), la législation anglaise fut introduite dans le pays mais des protestations s'élevèrent et l'Act de Québec (1774) intervint pour rétablir les lois et coutumes du Canada français.

L'Act de Québec avait réuni tout le Canada sous le même gouvernement. La loi constitutionnelle de 1791 divisa le pays en deux provinces : le Haut-Canada où la population était d'origine anglaise et le Bas-Canada (2). Une des premières lois votées par le Parlement du Haut-Canada eut pour objet l'introduction de la législation anglaise. Le Bas-Canada, au contraire, resta soumis au droit français et en 1857, sur la proposition de Sir Charles Etienne Cartier, la législature vota une loi nommant trois commissaires chargés de codifier les lois en matière civile. Le Code entra en vigueur le 1^{er} août 1866. Il ne constitue pas comme le Code Napoléon un droit nouveau. Il n'est que l'expression modernisée de l'ancien droit civil du Canada, c'est-à-dire de la coutume de Paris. Pas de solution de continuité. Lorsque (contrairement à la règle qui prévaut pour notre Code civil) le Code canadien n'abroge pas

(1) Sur la nécessité de l'enregistrement de ces ordonnances au Greffe du Conseil de Québec. Cf. Désy, *Origine et évolution des lois françaises au Canada*, Livre du cinquantenaire de la Société de Législation comparée, t. I.

(2) Mignault, *Droit Civil Canadien*, Montréal, 1895 à 1906.

expressément une coutume ou disposition de l'ancien droit, celle-ci demeure en vigueur.

Très attaché aux croyances catholiques, le Canada français a exclu le divorce de son Code. La dissolution du mariage ne peut s'opérer que par la mort des conjoints (art. 185). La séparation de corps est admise.

b) GROUPE PROTESTANT.

1° *Allemagne*. — Pour les catholiques, le droit canon demeura en Allemagne le droit commun jusqu'en 1900, en tant qu'il n'y était pas dérogé par la législation particulière des Etats (A. L. R. prussien, C. Napoléon, etc.).

Pour les protestants, il en fut de même du droit luthérien. Une étroite solidarité se maintint jusqu'au milieu du XVIII^e siècle dans l'Allemagne réformée entre l'Eglise et l'Etat. Au début, la procédure du divorce, comme dans le droit mosaïque, comme dans le droit romain, n'était pas encore judiciaire, et le seul fait de l'adultère donnait au conjoint innocent le droit de se séparer du coupable qui avait en fait rompu le mariage. La délivrance des « *Toleramus* » ou « *Permittimus* » qui constataient le divorce en accordant à la partie innocente le droit de se remarier, se faisait par l'intermédiaire, tantôt des chancelleries des petites principautés, tantôt, dans les villes d'Empire, de tribunaux composés d'échevins et d'assesseurs ecclésiastiques. Plus tard, lorsque les Consistoires furent créés, les juges

ecclésiastiques siégèrent régulièrement à côté des conseillers laïques. Quant aux ordonnances touchant le mariage, c'étaient des lois civiles, élaborées avec le concours de conseillers ecclésiastiques et promulguées par les Landesherren (1).

Le C. prussien (*Gesetzbuch des allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten*) de 1791, mis en vigueur en 1794, est un produit des idées rationalistes du XVIII^e siècle. Le mariage est un contrat civil dont le but est la procréation et l'éducation des enfants. On fera des causes de divorce de tous les faits qui rendront impossible la réalisation de ce but sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il y a culpabilité d'un des époux ou non. Malgré la réaction religieuse et morale qui suivit la guerre de libération, le C. prussien basé sur le droit naturel, fut observé en Prusse jusqu'à la mise en vigueur du C. C. allemand.

Le Code Napoléon fut introduit dans les pays allemands de la rive gauche du Rhin lorsque en 1801 ils furent cédés à la France par le traité de Lunéville. Quand ces territoires eurent fait retour à l'Allemagne, après 1815, le C.C. resta en vigueur dans la plupart d'entre eux, en particulier dans le Palatinat Bavaïrois qui avait été incorporé à la Bavière.

Le C.C. fut introduit également sur la rive droite du Rhin, dans le Grand Duché de Berg, celui de Bade, le Royaume de Westphalie et quelques États de la Confédération Rhénane. Il demeura en vigueur dans les

(1) Hauck, *Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, t. XXI, art. Ehescheidung.

pays rhénans après leur cession à la Prusse et sous le nom de Landrecht babois dans le Grand Duché de Bade, jusqu'à la promulgation du Code civil allemand.

Actuellement l'Allemagne entière est régie, en matière matrimoniale, par le Code civil allemand promulgué le 18 août 1896. Par réaction contre les idées qui avaient prévalu dans le Code prussien, ce nouveau Code restitua toute son importance à la notion de culpabilité. Le premier projet, né des propositions de réforme élaborées en Prusse depuis une cinquantaine d'années et des tendances restrictives du droit protestant dans la dernière phase de son développement, n'admettait pas que le mariage pût être dissous autrement que par la faute d'un des conjoints. Le second projet fit une large brèche dans cette doctrine en introduisant le divorce pour aliénation mentale, déjà admis dans le Code prussien et dans quelques codes particuliers. Cette concession aux idées modernes souleva les plus vifs débats au Reichstag. Les partisans du divorce pour aliénation mentale l'emportèrent cependant et cette cause prit place dans la rédaction définitive à côté de celles qui supposent l'existence d'une faute. Ainsi, bien que la théorie pénale du divorce tienne une grande place dans ce code — la plus grande, assurément, puisque tout jugement de divorce rendu pour cause autre que l'aliénation mentale doit indiquer qui porte la faute du divorce (1) — un cas a été admis où il a semblé que l'éthique du mariage de-

(1) C. C. allemand, art. 1574.

mandait la dissolution du lien conjugal même en l'absence de faute : c'est celui où la folie a fait disparaître toute communion intellectuelle entre les époux.

La séparation de corps n'existe pas en Allemagne, mais on trouve, à côté du divorce, l'institution de la suppression de la Communauté de vie domestique (*Aufhebung der Ehehichen Gemeinschaft*) (1) qui dissout l'union des époux tout en ne permettant pas un nouveau mariage. La suppression de la communauté conjugale peut être demandée pour les mêmes causes que le divorce. On peut à la demande opposer les mêmes fins de non-recevoir. Elle produit les mêmes effets, sauf en ce qui concerne la possibilité de contracter un nouveau mariage et elle peut à tout moment être transformée en divorce, par le juge, à la réquisition de l'un des époux.

2° *Cantons suisses*. — Dans les Cantons suisses (2) l'Eglise n'avait jamais réussi à faire triompher d'une façon absolue et uniforme ses principes, à l'encontre du vieux droit germanique qui autorisait le divorce par consentement mutuel et la répudiation de la femme par le mari pour cause déterminée. Certains textes des cantons de Lucerne, de Bâle et de Zürich apprennent que le divorce par consentement mutuel des époux, sans intervention des autorités, existait comme une institution reconnue, à côté de la séparation de corps admise par l'Eglise. A ces pratiques contradictoires,

(1) C. C. allemand, art. 1575, 1576, 1586, 1587.

(2) Hüber, *System und geschichte des Schweizerischen Privatrechts*

la Réforme tendit à substituer un droit uniforme. Elle y réussit en partie. Dans les cantons catholiques l'indissolubilité fut érigée en règle formelle, tandis que dans les cantons réformés et pour partie dans les cantons mixtes, un droit se développa en matière de divorce et de séparation de corps, conforme aux doctrines de l'Eglise réformée.

Les causes de divorce, au début peu nombreuses (1), augmentèrent au ^{xvii}^e et au ^{xviii}^e siècles sous l'influence des théories de droit naturel et dans le dernier état du droit on accordait le divorce dans plusieurs cantons pour de nombreux faits livrés à l'appréciation des juges. C'est dans le Canton de Zürich (2) que s'introduisit en premier lieu cette *clausula generalis*.

La séparation de corps existait sous deux formes assez différentes par l'esprit qui les inspirait. Tantôt elle présentait un caractère définitif, c'était alors une sorte de divorce pour causes moins graves, telle qu'on la trouve dans les cantons de Berne et de Bâle, où elle était prononcée pour dissentiment entre époux, mauvais traitements et maladie incurable. Tantôt elle était un délai d'attente, un temps d'épreuve imposé aux époux, au bout duquel intervenait, soit la dissolution définitive du mariage, soit la réconciliation. Une législation uniforme ne fut introduite que par la loi fédérale du 24 décembre 1874 qui spécifie quatre causes de divorce et autorisait le tribunal à prononcer la

(1) Adultère seulement. La coutume de Genève conserva longtemps cette cause unique.

(2) Ehegerichtsordnung de 1525.

séparation de corps pour durée fixe, lorsqu'il n'existait aucune cause de divorce, mais que le lien conjugal était profondément atteint (art. 47).

3° *Hollande*. — Dans chacune des Provinces-Unies un corps de droit mixte, dérivé partiellement de source romaine, partiellement de source indigène, fut en vigueur jusqu'au jour où en 1811 le C. Napoléon apporta à la Hollande l'unité législative qui lui avait manqué jusqu'alors. Il y subsista un quart de siècle, survivant là aussi à la chute de l'Empire et ne fut remplacé qu'en 1838 par le C. C. néerlandais. Le C. néerlandais admet le divorce comme la séparation de corps et réglemente la séparation de corps par consentement mutuel.

4° *Le Cap, Ceylan, Guyane anglaise*. — Au Cap, à Ceylan et dans la Guyane anglaise s'est perpétué un système de droit qu'on désigne sous le nom de Roman-Dutch Law (1) et qui autorise le divorce et la séparation d'une manière assez large. C'est la coutume de la province de Hollande (2) qui faisait partie de la République des Pays-Bas, coutume fortement imprégnée de droit romain, que les colons hollandais au xvii^e siècle importèrent dans leurs établissements des Indes Orien-

(1) Maasdorp, *Institutes of Cape Law* ; Lee, *An introduction to, Roman Dutch Law*, Oxford, 2^e éd., 1925, *Le droit romano-hollandais de nos jours*, Bulletin de la Société de Législation comparée, 1928, p. 87.

(2) *Ann de Législ. comp.*, Livre du Cinquantenaire.

tales et Occidentales (1). Une partie de ces possessions, le Cap, Ceylan, la Guyane, passèrent aux Anglais, à la fin du xviii^e siècle et au commencement du xix^e siècle. Le droit en vigueur fut retenu. Même, lorsque l'Empire britannique s'étendit, ce droit s'étendit avec lui, de telle sorte qu'il comprend à l'heure actuelle tout le territoire de l'Union Sud-Africaine (2) et la Rhodésie du Sud. C'est un exemple curieux de la survivance d'un vieux droit aboli depuis plus d'un siècle dans son pays d'origine.

5^o *Pays Scandinaves*. — En Suède et en Norvège le droit romain resta à peu près inconnu et l'Église se heurta à un système de droit matrimonial qui organisait l'union des époux en dehors de toute idée religieuse. Une vieille loi de Sutland (3) veut que lorsqu'une femme a couché et diné avec un homme pendant deux heures et qu'elle a tenu les clefs de la maison, ses enfants soient légitimes. L'Église ne parvint jamais à imposer complètement sa doctrine, et si le C. suédois de 1734 exige la bénédiction nuptiale, il faut voir là plutôt la consécration d'une union déjà accomplie qu'un élément constitutif de cette union. La cohabitation succédant aux fiançailles continua jusqu'à la loi du 12 novembre 1915 à constituer un mariage confor-

(1) L'importation fut faite par la Cie hollandaise des Indes Orientales incorporée en 1602 et la Cie hollandaise des Indes Occidentales incorporée en 1621.

(2) C'est-à-dire les quatre colonies primitives du Cap, Natal, Transvaal et Orange River.

(3) Glasson, p. 441.

mément à l'ancienne coutume, mariage inférieur puisqu'il manquait la consécration religieuse, mais mariage valable qui donnait aux enfants la qualité d'enfants légitimes. L'Eglise essaya bien d'introduire l'idée d'indissolubilité et n'autorisait que la séparation de corps ; mais la force des anciennes coutumes, qui, en Suède tout au moins, ont laissé une empreinte durable sur les mœurs, les lois et la constitution politique, et la pénétration des doctrines de la réforme réinstaura le divorce dont la pratique devient de plus en plus fréquente. Les lois du 11 juin 1920 pour la Suède, du 31 mai 1918 pour la Norvège et du 30 juin 1922 pour le Danemark réglementent à l'heure actuelle le divorce et la séparation de corps.

c) GROUPE ORTHODOXE

1^o Grèce. — En Grèce, la Nov. 117 de Justinien a continué à régir le divorce jusqu'à la loi du 24 juin — 2 juillet 1920 (1) qui le maintint et qui, pas plus que le droit orthodoxe qu'elle remplace, n'autorise la séparation de corps.

2^o Serbie. — En Serbie, les premières lois chrétiennes furent introduites par l'archevêque Sava (1176-1236) (2) qui fit traduire un des nomocanons, probablement celui qui contient le commentaire d'Alexis Aristhène (3).

(1) *Ann.*, 1922, 308.

(2) Constantin Jirecek, *Geschichte der Serben*.

(3) Zhishman, *op. cit.*, p. 76.

Elles formèrent un recueil qu'on désigne du nom de « *Korimtschaja Kniga* » et qui encore à l'heure actuelle conserve une valeur subsidiaire (1). Lorsque le besoin d'un Code civil adapté aux idées modernes se fit sentir, on appela des jurisconsultes d'Autriche, entre autres le Dr Jowan Hadjitsch. Imbus de droit romain, les rédacteurs du Code conservèrent la plupart des causes de divorce du droit gréco-romain. La séparation du corps n'est admise que comme mesure temporaire.

3°. *Roumanie*. — Dans les pays roumains, c'est encore le droit gréco-romain qui apparaît en xv^e siècle, en Moldavie, avec les Basiliques (2), mais de vraies législations ne furent données aux populations que par les princes phanariotes (Code Calimaque en Moldavie promulgué en 1816, Code Caragea en Valachie de 1818). C'est aux Phanariotes, qui avaient pris le goût de notre langue à Constantinople, lorsqu'elle supplanta l'Italien comme langue diplomatique, que semble être due notre influence en Roumanie. Le Code actuel qui remplaça en 1865 les Codes Calimaque et Caragea est, comme l'on sait, d'origine française. Les causes de divorce sont calquées sur le Code Napoléon et le divorce par consentement mutuel est admis. La séparation de corps qui n'est guère en usage dans les pays orthodoxes y est inconnue.

(1) C. C. serbe, art. 93. Loi 1890 sur les tribunaux ecclésiastiques, art. 216.

(2) Zamfiresco, *Les origines du droit privé roumain*.

4°. *Russie.* — Le droit orthodoxe avait pénétré par bien des dispositions dans le Zvod. Le mariage, dans la Russie des Czars, était en la forme un acte religieux, bien que la loi civile en déterminât les effets et même quelques-unes des conditions (1). Les causes matrimoniales orthodoxes étaient jugées par les tribunaux ecclésiastiques, mais celles des membres d'autres cultes par les tribunaux civils. Les causes de divorce sont moins nombreuses que dans les législations d'origine germanique.

La Révolution a substitué à ce droit historique et national une législation qui veut être un temple élevé à la raison.

d) GROUPE ANGLO-SAXON

1° *Angleterre.* — Les tribunaux ecclésiastiques étaient seuls compétents dans les causes matrimoniales et cela, au moins depuis le XII^e siècle (2). Ils ne prononcèrent que des annulations de mariage (divorce a vinculo matrimonii) ou des séparations de corps (divorce a mensa et toro), jamais de divorce lorsque le lien du mariage était valide *ab initio*.

Le divorce n'entra pas en Angleterre avec la Réforme comme en Allemagne.

Même après l'établissement de l'Eglise anglicane, les tribunaux ecclésiastiques ne furent pas autorisés à prononcer un divorce.

(1) Glasson, *Le mariage civil et le divorce*.

(2) Holdsworth, *A History of English Law*, 9 vol., 1903-1925.

Cependant, dès la fin du ^{xvii}^e siècle, la pratique d'obtenir le divorce par Act. du Parlement se fit jour. Il était nécessaire d'avoir obtenu, auparavant, la séparation de corps des tribunaux ecclésiastiques et, au moyen d'une action de droit commun, dite de « criminal conversation », des dommages-inétrets contre le complice dans l'adultère.

Ainsi, le pouvoir de rompre un mariage valide *ab initio* reste jusqu'à l'Act de 1857 l'apanage exclusif du pouvoir législatif qui n'a voté les Divorce Bills qu'avec une extrême circonspection. « En Angleterre, dit « E. Glasson, la race saxonne s'est toujours formée une « haute idée du mariage et elle n'en a jamais compromis « la dignité par des lois maladroites ou intempestives. « Le divorce, très rarement permis, n'a, en aucun « temps, donné lieu à des abus. Cela tient d'abord à la « sévérité de la loi, ensuite et surtout à l'esprit de sagesse et de réflexion des Anglais dans le mariage (1) ». Ces lignes étaient écrites en 1883. Depuis, les mœurs ont évolué en Angleterre comme ailleurs.

L'Act de 1857 introduisit le divorce en Angleterre d'une manière plus large et créa les Cours de « Probate, Divorce and Matrimonial Causes », avec fonction, entre autres, de juger les causes de divorce et de séparation de corps (désormais appelée « Judicial Séparation »). Dès lors, les Cours ecclésiastiques furent dessaisies de leur juridiction au matière de causes matrimoniales et le Parlement cessa de statuer sur les Divorce Bills.

(1) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. VI, p. 162.

Les Cours, fondées en 1857, furent, par la suite, fondues en une seule : la Probate, Divorce and Admiralty Division de la Haute Cour de Justice qui a hérité des attributions de la Cour de Divorce et qui est compétente dans les affaires de divorce, de séparation et de nullité de mariage (1).

Dans toutes les affaires de divorce il est rendu d'abord un premier jugement appelé « decree nisi » (2). Ce « decree nisi » ne sera converti en « decree absolute » qu'à la suite d'un second jugement rendu à l'expiration d'un délai qui ne sera pas inférieur à six mois, à moins que la Cour qui exerce un pouvoir discrétionnaire en la matière, ne fixe un délai plus court (3), lequel ne pourra d'ailleurs être inférieur à trois mois. Les raisons qui pourront militer en faveur de l'abréviation du délai devront être sérieuses ; ce sera, par exemple, la grossesse de la femme avec laquelle l'adultère a été commis afin de permettre au mari en instance de divorce de l'épouser avant la naissance de l'enfant, ce qui a une grande importance en droit anglais où l'on sait que la légitimation par mariage subséquent est inconnue. Entre le « decree nisi » et le « decree absolute » le mariage subsiste. Cependant les effets du second « decree » sont censés remonter au jour du premier sauf en ce qui concerne les questions d'état. L'utilité de ce délai entre les deux jugements est de per-

(1) Sa compétence n'est pas exclusive. Summary Jurisdiction (Married women) Act. 1895.

(2) Act. de 1860, art. 7

(3) Act. de 1866, art. 3.

mettre de faire opposition au divorce au cas où il y aurait eu entente frauduleuse entre les parties (collusion).

Les séparations conventionnelles le plus souvent par acte (deed) sont permises et leur usage en est très répandu.

2^o *Ecosse*. — Tant que le droit canonique a régi le statut matrimonial en Ecosse, le mariage a été considéré comme indissoluble et la séparation de corps seule permise. Les Cours ecclésiastiques fonctionnaient en Ecosse de la même manière qu'en Angleterre. Le divorce fit son apparition en 1660 avec la législation pour l'établissement de la religion réformée. Il était prononcé par les Consistorial ou Commissary Courts. Celles-ci furent abolies sous Georges IV et les causes matrimoniales furent désormais soumises à la juridiction de la Court of Session.

3^o *Irlande*. — L'Irlande a longtemps vécu sous le régime qui était celui de l'Angleterre avant l'Act de 1857. Cet Act ne lui était pas applicable, de sorte que, jusqu'à ces dernières années, le droit de prononcer un divorce était demeuré l'apanage du pouvoir législatif. Au xvii^e et xviii^e siècles les Divorce Bills, rares d'ailleurs, étaient passés par le Parlement irlandais ; à partir de l'Acte d'Union en 1800 ils le furent par le Parlement d'Empire.

Dans l'Etat libre d'Irlande le divorce a été aboli et la séparation de corps est seule admise.

4^o *Etats-Unis*. — Avec l'établissement des colons anglais s'introduisit en Amérique le droit anglais qui était en vigueur en Angleterre à cette époque. Il devint le droit commun du pays. Par analogie avec la pratique anglaise, le divorce était du ressort du pouvoir législatif, et des vestiges de cet état de choses étaient encore visibles à une date récente dans le Delaware où, jusqu'en 1897, presque tous les divorces étaient accordés par le Parlement. Actuellement le divorce et la séparation de corps (*limited divorce*) sont prononcés par les tribunaux et le divorce existe dans tous les Etats sauf dans la Caroline du Sud où la Constitution de 1895 le prohibe. La séparation de corps, au contraire, n'existe pas partout.

Le droit évolua ici beaucoup plus rapidement qu'en Angleterre. On doit dire cependant d'une façon générale qu'il est d'un caractère moins avancé qu'en Scandinavie ou dans certains Etats de l'Amérique Centrale. Pas de divorce par consentement mutuel. Les causes de divorce et de séparation de corps varient d'un Etat à l'autre, puisque le pouvoir de légiférer sur le divorce est de la compétence du Parlement dans chaque Etat ; mais elles sont à peu de chose près celles de notre Code avec l'adjonction de certaines causes telles que l'ivrognerie habituelle et l'usage de stupéfiants. Elles procèdent plutôt de la théorie pénale du divorce que des théories utilitaires qui sont à la base de certaines législations plus radicales. L'aliénation mentale n'est plus une cause de divorce que dans quelques Etats,

Cette diversité des lois aux Etats-Unis a paru cho-

quante à beaucoup d'esprits. En 1906, un Congrès national pour l'unification des lois sur le divorce s'est réuni à Washington, puis à Philadelphie. Un projet de lois incorporant les vœux du Congrès fut rédigé (Uniform Annulment of Marriage and Divorce Act). La tentative ne devait malheureusement pas aboutir de sitôt. Il fut décidé qu'on laisserait de côté la question de l'annulation du mariage et que l'on scinderait celle du divorce et de la séparation de corps. Un rapport fut rédigé ultérieurement contenant en projet la nouvelle législation sur le divorce et la séparation (New Uniform Divorce Law, Uniform Separation Act). Ce rapport (1) n'a pas encore été soumis à la Conférence des Commissaires pour l'unification des lois, mais on s'attend à ce qu'il le soit cette année et à ce qu'il soit adopté avec peu de modifications. La réforme est donc en bonne voie.

Les causes du divorce seront l'adultère, la bigamie, la condamnation à certaines peines, les sévices mettant en danger la vie ou la santé, l'abandon ayant duré deux ans, l'ivrognerie habituelle. Quant à l'Act de Séparation, il jouera dans tous les cas où il y a de la part du mari non-accomplissement volontaire et sans juste cause de son devoir d'entretien de la femme, ou abandon injustifié de celle-ci, et chaque fois que la femme pour une raison justifiée vit en fait séparée de son mari.

(1) Report of the Committee on Marriage and Divorce to the thirty-sixth annual meeting of the national conference of commissioners on Uniform State Laws, 1926.

5° *Canada anglais*. — Nous avons vu que le droit du Canada est en partie d'origine française, en partie d'origine anglaise. Pour l'étude du divorce au Canada anglais, il est nécessaire de se rappeler les dispositions de l'Act de l'Amérique britannique du Nord (1867) qui créa la Confédération et assura en même temps aux Etats confédérés l'usage de leurs lois.

Cet Act réserva certaines matières sur lesquelles le Parlement Fédéral aurait un droit exclusif de statuer et le divorce est parmi ces matières (1). Les Etats particuliers n'ont donc pas le droit de légiférer sur le divorce ni de créer des tribunaux avec fonction de connaître des causes qui ont le divorce pour objet. Toutefois, d'après l'Act, la législation en vigueur dans les Etats antérieurement à l'Union continue à avoir force de loi tant qu'elle n'aura pas été abrogée par les Parlements des provinces ou par le Parlement Fédéral (2). La législation demeurée en vigueur relativement au divorce est assez abondante :

Dans la Nouvelle Ecosse (3), il existe une Cour de divorce et de causes matrimoniales, compétente en matière de dissolution de mariage et dont les pouvoirs et la procédure sont modelés sur ceux de la « Divorce Division » en Angleterre. Il en est de même dans le Nouveau Brunswick (4). — Dans la Colombie britan-

(1) B. N. A., Act s. 91.

(2) B. N. A., Act s. 129.

(3) Renton et Phillimore, *Comparative Law of Marriage and Divorce*, 1910, p. 877.

(4) New Brunswick, Act 1860 (23 Vict. c. 37).

nique (1) la législation anglaise de 1857 est en vigueur et la Cour Suprême est compétente pour prononcer le divorce et la séparation de corps. S'il pouvait y avoir quelque doute à ce sujet il a cessé depuis que le Conseil Privé s'est prononcé dans le sens de la compétence (2). — Une espèce récente a également fait disparaître toute incertitude pour l'Etat de Manitoba. La Cour d'Appel de Manitoba avait infirmé un jugement de la Cour du Banc du Roi par lequel celle-ci s'était déclarée incompétente. L'appel fut porté devant le Conseil Privé qui statua dans le sens de la Cour d'Appel (3) en invoquant les considérants suivants : l'Etat de Manitoba avait été formé de la terre de Rupert et des territoires du Nord-Ouest par Acte du Parlement Fédéral de 1870. Pour supprimer tout doute sur l'applicabilité des lois anglaises, un Acte du Parlement Fédéral fut passé en 1888 portant que les lois anglaises relatives aux matières qui étaient du ressort du Parlement Fédéral — on se rappelle que le divorce était parmi elles — avaient force de loi dans le Manitoba autant qu'elles existaient avant le 15 juillet 1870. — Dans l'Etat de Québec les tribunaux sont compétents pour prononcer la séparation de corps. Il est à noter que là comme dans les Etats d'Ontario, de Manitoba, du Nouveau Brunswick, de la Nouvelle-Ecosse, de la Colombie Britannique et dans l'Isle du Prince Edouard, il est possible pour la femme d'ob-

(1) Ordonnance de 1867 introduisant le droit anglais autant que celui-ci existait à la date du 17 nov. 1858.

(2) Watts, Att. Gen. for British Columbia c/Watts, 1908, A. C. 573.

(3) Walker, c/id., A. C., 1910, p. 947.

tenir un « protection order » qui joue un rôle analogue à la séparation de corps et donne à la femme l'administration et la jouissance de sa fortune personnelle et un domicile séparé.

Au contraire, dans l'Etat d'Ontario et les territoires du Nord-Ouest, on ne trouve pas de dispositions législatives concernant le divorce, et celui-ci est accordé par Acte du Parlement Fédéral. C'est un nouvel exemple du divorce législatif tel que nous l'avons rencontré en Angleterre avant l'Act de 1757 et tel qu'il fonctionne encore maintenant en Irlande. La cause est déferée au Sénat d'abord où elle est instruite et jugée par une commission (Select Committee on Divorce). Le projet (bill), voté par le Sénat, doit ensuite l'être par la Chambre. On ne cite pas d'exemple que le divorce ait été accordé pour cause autre que l'adultère d'un des époux (1).

6^o *Australie et Nouvelle-Zélande.* — En Australie et en Nouvelle-Zélande, le droit du divorce et de la séparation de corps se trouve dans les Acts de chacun des Etats Confédérés. Calqué au début sur le droit de la Métropole, il est devenu, par de nouvelles mesures législatives, beaucoup plus radical.

(1) Renton et Phillimore, *op. cit.*, p. 879.

PREMIÈRE PARTIE

DIVORCE ET SÉPARATION DE CORPS EN DROIT COMPARÉ

CHAPITRE PREMIER

LES CAUSES DE DIVORCE ET DE SÉPARATION DE CORPS

Les causes de divorce et de séparation de corps dans le droit contemporain peuvent être classées en deux catégories, la première supposant toujours une faute chez le défendeur, la seconde, au contraire, ne supposant pas nécessairement cette faute. Nous examinerons d'abord les causes de la première catégorie, au nombre de six et qui sont l'adultère, l'abandon, les sévices, les injures graves, la condamnation pénale ou le délit infâmant, le non-accomplissement du devoir d'entretien de la famille. Nous passerons ensuite aux causes de la seconde catégorie que l'on peut ranger sous les six chefs suivants : faits rendant la vie

commune intolérable, aliénation mentale, autres maladies, abus de boissons alcooliques ou de stupéfiants, impuissance, consentement mutuel.

I. — ADULTÈRE

Toutes les législations qui admettent le divorce, même celles qui sont le moins favorables à la dissolution du lien du mariage du vivant des époux, sont unanimes à faire de l'adultère une cause de divorce (1);

(1) C. C. français, art. 229, 230. — C. C. belge, art. 229, 230. — C. C. néerlandais, art. 264., — B. G. B., art. 1565. — C. C. suisse, art. 137. — C. C. autrichien, art. 115. — Hongrie: loi 31 sur le mariage 18 décembre 1894 (*Ann.* 1894, p. 355). — C. C. roumain, art. 211. — C. C. serbe, art., 94. — Grèce: Loi 2228 des 24 juin-2 juillet 1920 (*Ann.* 1922, p. 308). — Nouveau C. civ. ottoman, art. 129, Bulletin de la Législation turque, n° 31, Ministère de la Justice. — Tchéco-Slovaquie: loi 320 du 22 mai 1919 (*Ann.* 1919, p. 199). — Suède: loi du 11 juin 1920, art. 8; Réau. *Les lois suédoises sur le mariage*. — [Norvège: loi du 31 mai 1918 (*Ann.* 1918, p. 293). — Danemark: loi 276 du 30 juin 1922 (*Ann.*, 1910, p. 255). Portugal: décret-loi du 3 novembre 1910 (*Ann.*, 1910, p. 255. — Angleterre: Matrimonial Causes Act 1857, 20 et 21 Victoria c. 85 s. 27, modifié par Matrimonial Causes (Amendment) Act. 1923. 13 et 14 geo. 5 c. 19. — Canada: British North America Act. 1867, s. 129. — Etats-Unis: Voir lois de chaque état dans *Spécial reports of the Census (Marriage and Divorce)* 1867-1906. Washington 1909 in-4°. Government Printing Office 1909, pp. 277 et seq. — Nouvelle-Zélande: Divorce and Matrimonial Causes Act. 1908, s. 21; New Zealand Consolidated Statutes, Appendix D, vol. II. — Australie du Sud; Matrimonial Causes Amendment Act 1918, modifiant l'Acte de 1867. — Victoria: Marriage Act 1915, s. 122. — Le Cap Ceylan. Guyane anglaise: Maasdorp Institutes of Cape Law. — Esthonie. L. 27 octobre 1922. — Lettonie. L. 18 février 1921. — Vénézuéla: C. C. 1922, art. 189. — Equateur: Loi sur le mariage civil de 1902 Cl. 1922, 213. — Uruguay: loi du 28 octobre 1907 (*Diario oficial de la Republica Oriental de*

même chez quelques-unes, il est l'unique cause de divorce admise : l'Angleterre, et les pays dont la législation dérive du droit anglais, n'en connaissent pas d'autre. Au Canada il n'y a pas d'exemple d'un jugement de divorce par Acte du Parlement Fédéral qui ait été prononcé pour une cause autre que l'adultère de l'un des époux. Pareillement dans l'Amérique du Nord, l'État de New-York n'admet pas d'autre cause (1).

L'adultère est également un motif de séparation de corps dans toutes les législations qui admettent celle-ci (2)

Uruguay, 15 septembre 1913, n° 236, pp. 540 et 541. Loi du 6 septembre 1913 introduisant une addition à l'article 1^{er} de la loi du 28 octobre 1907 (*Ann.* 1913, p. 593). — San Salvador : loi du 19 avril 1902 (*Ann.* 1907, p. 711). — Cuba : loi du 29 juillet 1918, art. 3 (*Ann.* 1918, p. 383). — Mexique : C. civ. de 1919, art. 76. — Guatémala : décret du 12 février 1894 (*Ann.* 1895, 960). — Western Australia : Divorce Amendment, Act 1912.

(1) *Marriage and Divorce, op. cit.*, 309.

(2) C. C. français, art. 306, 229, 230. — C. C. belge, art 306 s. s. — C. C. néerlandais, art. 288. — C. C. suisse, art 147 s. s. — B. G. B. art. 1575. — C. C. italien, art 150. — C. C. espagnol, art 105. — C. C. serbe, art 102. — Nouveau C. cid ottoman, art 135. — Tchecoslovaquie : loi du 22 mai 1919. — Suède : loi du 11 juin 1920. Réau. *Les lois Suédoises sur le mariage*. — Norvège : loi du 31 mai 1918. — Danemark : loi du 30 juin 1922. — Portugal : décret-loi du 3 novembre 1910. — Angleterre : Matrimonial Causes Act 1857, 20 et 21 Vict. c. 85, s. 16. — Canada : British North America, Act 1867, s. 129. — Etats-Unis : Cf. lois de chaque Etat dans les Census Reports, pp 277 et seq — Nouvelle-Zélande : Divorce and Matrimonial Causes Act 1908, s. 6. — New Zealand Consolidated Statutes, Appendix D, vol. II. — Australie du Sud : Matrimonial Causes Amendment Act 1918 modifiant le Matrimonial Causes Act de 1867. Acts of Parliament of South Australia 1919. — Victoria : Marriage Act 1915, s. 110. The General Public Acts of Victoria, vol. IV. — Vénézuéla : C. C. 1922, art. 196. — Equateur : loi du 4 octobre 1910. — Cuba : C. C. 1922, art. 105. —

et en Allemagne une cause de suppression de la communauté de vie conjugale (1).

Égalité du mari et de la femme dans la faute

La tendance de plus en plus accusée vers l'égalité des sexes, qui attribue à l'adultère du mari une importance égale à l'adultère de la femme s'est manifestée chez nous dès 1884. Ce principe est inscrit aujourd'hui dans la presque totalité des législations qui admettent le divorce, exception faite pour celles d'Extrême Orient. Le droit qui a été le plus long à se modifier sur ce point a été le droit anglais qui exigeait jusqu'à la loi du 18 juillet 1923 (2) que l'adultère du mari, pour qu'il constituât une cause de divorce, fût accompagné de circonstances aggravantes. Le droit matrimonial écossais, au contraire, toujours mis le mari et la femme sur un pied d'égalité. Au Canada, bien qu'on appliquât en principe la législation anglaise, aucune distinction ne fût jamais faite entre l'adultère du mari et celui de la femme. On peut dire que, à l'heure actuelle, les seules législations qui fassent encore exception au principe d'égalité sont celles de Belgique (3),

Chili l. du 10 janvier 1884. — Colombie : C. C., art. 154. — Brésil : C. C. 1916, art. 315. — Argentine : C. C., art. 224. — Hongrie : loi de 1894, C. C. autrichien art. 109. .

(1) B. G. B., art. 1575.

(2) *Matrimonial Causes*, Act 1923.

(3) Le Code belge, art. 230, accorde le divorce pour adultère du mari seulement dans le cas où celui-ci aura tenu sa concubine dans la maison commune ; (cette disposition est celle du Code Napoléon avant 1884 tant pour le divorce que pour la séparation de corps).

d'Italie(1), de quelques Etats de l'Amérique du Nord(2), et de l'Etat de Victoria(3).

Actions en dommages-intérêts contre le séducteur

A) *Droit anglais*. — Une place à part doit être faite à une action qui est d'une importance spéciale en droit anglais, l'action du mari en dommages-intérêts (damages) contre le complice de la femme dans l'adultère (co-respondent). Cette action dite de « criminal conversation », terme technique qui désigne l'adultère vu

(1) D'après le C. C. italien, art. 150, al. 2, « L'action en séparation pour adultère du mari n'est recevable qu'autant qu'il entretient sa concubine dans la maison commune ou notoirement au dehors ; ou bien s'il y a un ensemble de circonstances telles que le fait constitue une injure grave pour la femme ». La jurisprudence verra des circonstances aggravantes dans la surprise en flagrant délit, l'affichage des relations coupables en public, ou en présence de l'autre conjoint ou des enfants, *Calvosa c/ Stanga*, Cour d'Appel de Catanzaro, 11 avril 1922, M. T., 1922, p. 562.

(2) Les lois du Texas et du Kentucky accordent le divorce au mari pour un simple acte d'adultère de la femme, mais exigent pour l'accorder à la femme que le mari vive en concubinage. *Marriage and Divorce*, pp 320 et 294. O'Farrel *c/ id.*, 56 *Tex Civ.*, A 51, 119 S. W. 899, *Corpus Juris*, art. 74, note 54.

(3) *Marriage Act*, n° 2691 de 1915 6 Geo. V. *General Public Acts of Victoria*, vol. IV. La séparation de corps est accordée pour adultère de l'un ou de l'autre époux, indifféremment, mais lorsqu'il s'agit d'une demande en divorce formée par la femme, l'adultère du mari doit avoir lieu dans la maison commune ou avoir été accompagné de circonstances aggravantes (inceste ou bigamie), de sévices tels que la femme aurait pu sans l'adultère prétendre au divorce *a mensa et thoro* qu'accordait la législation anglaise avant 1857, ou d'abandon sans légitime excuse depuis deux ans, ou bien il faut qu'il s'agisse d'adultère répété (*repeated act of adultery*).

sous l'aspect du quasi-délit (tort), devait autrefois s'intenter devant une Cour de Droit Commun (1), elle est maintenant de la compétence de la Cour de Divorce et la demande en dommages-intérêts peut maintenant se greffer sur la demande en divorce ou en séparation de corps (2). On peut aussi introduire une demande séparée mais cette façon de procéder est rare dans la pratique (3).

Suivant quels principes les dommages-intérêts sont-ils accordés ? Ces principes ne sont pas très fermement établis. L'action semble être fondée sur la notion de propriété (4) et remonterait au temps où la femme était considérée comme la propriété du mari, mais bien qu'au point de vue formel *laid in trespass* elle était *upon the case*, c'est-à-dire qu'il fallait prouver un dommage réel. Le seul fait de l'adultère ne suffira donc pas, semble-t-il, et l'action doit échouer si ni perte matérielle ni préjudice moral ne sont prouvés (5). Le préju-

(1) Il faut la distinguer d'une autre action de Droit Commun qui s'exerce contre celui qui a sciemment fait quitter à une femme le foyer conjugal, ou qui a donné asile à une femme, sachant qu'elle avait quitté son mari sans son consentement. Cette autre action paraît avoir encore une existence légale à l'heure actuelle (Addison, *On Torts*, 8^e éd., p. 858) mais pratiquement elle est tombée en désuétude.

(2) Act de 1857, s. 3.

(3) Les dommages-intérêts étant un chef d'action distinct et indépendant de la demande en divorce peuvent faire l'objet d'une requête après la mort de la femme. Kent c/ Atkinson, 1923, P. 142, Monsell c/ id et Cain 1922, P. 34 ; C. B. c/ id. et Wards, 1906, P. 267.

(4) *Report of the Royal Commission on Divorce*, 1912, p. 126.

(5) Une solution différente prévaut aux Etats-Unis.

dice subi par le mari se mesurera à la « valeur » de la femme, c'est-à-dire à ses qualités, à sa bonne conduite et à la bonne intelligence dans laquelle vivait le ménage. Le séducteur doit compensation au mari pour avoir brisé le foyer conjugal (breaking-up of matrimonial home), pour lui avoir fait perdre la société de sa femme (loss of consortium). Mais la vieille idée plus profonde de dommage causé au mari dans sa propriété subsiste encore en partie, car si au moment de la séduction les conjoints vivaient séparés, cette circonstance ne fera pas écarter entièrement la demande, elle aura seulement pour résultat d'en faire modérer le taux (1).

Les dommages-intérêts seront-ils toujours compensatoires, jamais exemplaires ? Il est certain que lorsqu'il s'agit de non-exécution d'un contrat, hors le cas de promesse de mariage, les dommages ne peuvent jamais être que compensatoires (2). Mais ici nous sommes dans le domaine des quasi-délits où des dommages exemplaires peuvent parfaitement être accordés. Et ils l'étaient certainement autrefois dans la matière qui nous occupe. puisque Blackstone parlant de l'action en *criminal conversation* dira : « Les dommages recouvrables sont en général très considérables et exemplaires » (3). Mais depuis Blackstone on ne trouve pas d'auteur indiquant que les dommages-intérêts puissent être exemplaires, ni de jugement dans

(1) Evans c/ id et Platts, (1899), P. 195.

(2) *Halsbury's Laws of England*, vol. X, pp. 306-307.

(3) Commentaires III, 139.

lequel le juge ait dit au jury qu'il pouvait accorder autre chose que des dommages compensatoires et il faut admettre que le droit en Angleterre est fixé en ce sens (1).

Si les dommages-intérêts ne peuvent être que compensatoires, il ne semble pas qu'il n'y ait jamais lieu de prendre en considération, pour la fixation de leur taux, la fortune du séducteur. Le préjudice subi par le mari n'est ni aggravé ni diminué par le fait que le séducteur est plus ou moins riche. Ce point toutefois peut avoir une certaine importance pour l'estimation de la « valeur » de la femme, lorsque le séducteur a fait servir sa fortune au but qu'il poursuivait : s'il faut une grosse fortune pour détourner une femme de son devoir, on en conclura que la séduction a été difficile et que la valeur de la femme est plus grande (2).

Le montant des dommages-intérêts est fixé par le verdict du jury et la somme est parfois très élevée (3). La Cour ordonne le mode d'emploi de la somme. Tantôt elle prescrira qu'elle soit versée entre les mains du demandeur, tantôt qu'elle fasse l'objet d'un *settlement* au profit des enfants nés du mariage, tantôt qu'elle soit consacrée à l'entretien de la femme (4).

(1) Aux Etats-Unis les dommages accordés sont fréquemment exemplaires.

(2) Forster c/ id (1862), 33 L. J. (P.) 150 n, cité dans Butterworth c/ id and Englefield, 1920, P. 143.

(3) Des dommages-intérêts de Lst. 10.000 ne sont pas rares. Dans l'affaire Constantinidi c/ Lance, 1903, P. 246, 25.000 Lst. furent allouées.

(4) *Matrimonial Causes*, Act 1857, s. 33.

B. *Droit américain.* — Aux Etats-Unis l'action en *criminal conversation* n'a pas connu de réforme analogue à celle qui en Angleterre l'enlevait à la compétence des Cours de Droit Commun pour la rattacher à la procédure de divorce ou de séparation. Elle est restée dans son cadre primitif. La doctrine moderne issue du mouvement législatif favorable à l'émancipation des femmes mariées lui a toutefois fait subir en Amérique un changement important en élargissant son champ d'application ; le Droit Commun ne reconnaissait pas à la femme le droit d'intenter une action de ce genre ; ce droit lui est maintenant reconnu dans presque tous les Etats (1).

A côté de l'action en *criminal conversation* il existe une autre action d'une grande importance. C'est l'action en détournement d'affection (*alienation of affections*). Elle se distingue de la première en ce qu'elle ne suppose pas nécessairement des relations coupables ; elle peut être intentée contre toute personne qui a détourné l'affection d'un conjoint — les parents du mari ou de la femme, un ami ou une amie sans distinction de sexe — et pas seulement contre un séducteur (2). Dans cette action comme dans l'autre la femme peut être demanderesse, mais il n'est pas sûr qu'elle puisse l'exercer exactement comme le mari. Certains jugements semblent exiger, lorsque la femme est la de-

(1) *Corpus Juris*, vol. XXX, Husband et Wife, art. 973, 1033 ; Oppenheim c/ Kindel, 1923, 236 N. Y. 156, 140 N. E., 227 *Columbia Law Rev.*, 1923, 683. L'Etat d'Ontario fait exception (*Married woman's Property Act*).

(2) *Corpus Juris*, vol. XXX, Husband et Wife, art. 972.

manderesse, qu'au détournement de l'affection soit joint l'adultère de l'autre époux (1). D'autres ne font pas de différence entre les époux et une femme divorcée a été autorisée à introduire une action en détournement d'affection contre son ancienne belle-mère qui par des actes volontairement malicieux lui aurait aliéné l'affection du mari (2). Prenons l'une après l'autre ces deux actions :

a) Action en *criminal conversation*.

Le droit violé est celui des rapports sexuels qui dans l'état de mariage ne doivent exister qu'entre époux. L'adultère est une condition à la fois suffisante et nécessaire à l'exercice de l'action (3). La perte de la société (*loss of consortium*) et de l'affection de l'époux mérite réparation également, sans constituer toutefois un des éléments essentiels du quasi-délit dont l'existence est indispensable pour permettre d'intenter l'action. Elle donnera seulement lieu à une aggravation du taux des dommages-intérêts. Il n'est pas non plus nécessaire de faire valoir un dommage pécuniaire, par exemple la perte des services de l'épouse, la violation des droits conjugaux étant à elle seule une cause d'action suffisante.

Dans certains Etats de l'Amérique du Nord des dommages-intérêts exemplaires — contrairement à ce que nous avons vu en droit anglais — peuvent être

(1) *Corpus Juris*, vol. XXX, Husband et Wife, art. 973.

(2) *Roberts c/ Cohen*, (Or.) 206, p. 293. *Corpus Juris*, vol. XXX, Husband et Wife, art. 988, note 5 f.

(3) *Corpus Juris*, vol. XXX, Husband et Wife, art 1031 s. s.

obtenus. L'idée de peine intervient et la fortune du séducteur est alors prise en considération, en partant de cette idée que pour punir le riche il faut des dommages-intérêts plus élevés que pour punir le pauvre (1).

Le séducteur pouvait ignorer que la femme fût mariée, mais cela n'est pas une défense valable. Toutefois le jury est libre de voir dans cette ignorance une circonstance atténuante. Ce sera alors au demandeur à prouver que le défendeur n'ignorait pas la condition de la femme et en l'absence de cette preuve le jury devra admettre que le défendeur n'avait aucune raison de croire que la femme fût mariée (2).

La réconciliation ou la cohabitation (3) avec l'époux coupable ne constitue pas une fin de non-recevoir à l'action. Il n'en va pas de même pour la complicité (*consent* ou *connivance*) (4). A noter toutefois que l'acquiescement du mari aux relations illicites de sa femme avec d'autres hommes n'est pas en soi une fin de non-recevoir à une action en *criminal conversation* contre le défendeur. Mais si ce consentement est réellement une permission générale de se mal conduire, comme, par exemple, lorsque le mari autorise la prostitution de la femme, aucune action ne pourra être intentée contre le séducteur.

S'il n'existe pas de dispositions législatives contraires, un époux divorcé peut intenter une action en

(1) *Peters c/ Lake*, 66, III, 206, Sedgwick, *Measure of Damages*, 9^e éd., 1920 (vol. II § 479).

(2) *Corpus Juris*, vol. XXX, art. 1064, note 21 a.

(3) *Corpus Juris*, vol. XXX, art. 1039.

(4) *Corpus Juris*, vol. XXX, art. 1040.

criminal conversation pour des faits qui se seraient passés avant le divorce. Mais lorsqu'un mari connaissant l'adultère de sa femme ne l'a pas fait valoir en défense à l'action en divorce intentée contre lui, le jugement rendu en faveur de la femme constitue une fin de non-recevoir à une action dirigée contre le séducteur (1).

L'action du demandeur n'est pas éteinte par la mort de l'époux coupable. Le droit à réparation est acquis au moment du délit (2).

Le montant des dommages-intérêts est parfois considérable. Des sommes variant entre 1000 et 10.000 dollars sont fréquemment allouées. La somme de 15.000 dollars ne fut pas considérée comme excessive alors que les conjoints vivaient en termes affectueux et qu'ils avaient une position sociale élevée (3).

b) Action en alienation of affections.

Ici, il ne s'agira plus comme dans l'action précédente d'obtenir réparation pour adultère. On accordera des dommages-intérêts pour la perte de la société et des services de l'époux, la douleur morale éprouvée, le préjudice causé au sentiment de dignité familiale. La femme demanderesse obtiendra compensation pour la perte des sommes nécessaires à son entretien et pour

(1) Gleason c/ Knapp, 56 Mich. 291. *Corpus Juris*, vol. XXX, art. 1045, note 50.

(2) Yundt c/ Hartrunft, 41, HL, 9. Les c/ Hammond, 114 Wis. 550. *Corpus Juris*, vol. XXX, art. 1051, note 63. Même solution en droit anglais.

(3) Crox c/ Rutledge, 81, III, 266 ; Spack c/ Gray, 14 Wash. 589.

établir le montant de ces sommes elle fera valoir les gains et la position sociale de son mari. Le mari demandeur devra, lorsqu'il établira la valeur des services de sa femme, déduire les dépenses nécessaires à l'entretien de celle-ci (1). La partie défenderesse, pourra présenter comme défense, lorsque la femme est la demanderesse, que celle-ci n'aimait pas son mari et ne l'avait épousé que pour sa fortune ; on pourra faire valoir également, le cas échéant, l'infidélité de la femme, pour prouver qu'elle n'aimait pas son mari. Lorsque le demandeur est le mari, on pourra faire valoir qu'il n'avait pas d'affection pour sa femme, que sa propre inconduite et ses relations avec d'autres femmes le prouvent et que ses violences et sa brutalité ont éloigné sa femme de son foyer.

De même que pour l'action en *criminal conversation*, des dommages-intérêts exemplaires seront alloués dans certains Etats et le jury tiendra compte alors de la fortune du défendeur (2).

Autres législations. — La question de l'action en dommages-intérêts contre le séducteur de la femme s'est posée en Allemagne. Le mari appuyait sa demande sur le préjudice matériel qu'il subissait par le fait de l'absence de sa femme : la maison n'était plus tenue et les enfants n'avaient plus personne pour s'occuper d'eux. Le R. G. écarta cette demande à laquelle aucun texte ne permettait de faire droit. L'allocation de dommages-intérêts eût été, selon le juge, contraire en

(1) Sedgwick, *Measure of Damages*, 9^e éd., 1920, vol. II, 480 a et b.

(2) *Corpus Juris*, Husband et Wife, vol. XXX, art. 972-1068.

outre à l'essence du mariage qui ne doit pas être considéré comme une source d'avantages matériels (1).

Cette conception du mariage n'est pas celle du C. C. suisse (2) et le Tribunal Fédéral devait accueillir la demande d'un mari fondée sur le préjudice grave à lui causé par l'intrusion d'un étranger dans la société conjugale. La demande s'appuyait sur l'art. 49 O. R. : « ... Même si l'on ne devait tenir compte du reproche plus grave de relations adultères, ajoute le jugement, il y aurait néanmoins un préjudice particulièrement lourd causé au demandeur dans ses relations personnelles, du fait du commerce du défendeur avec sa femme. Ce préjudice est l'effet de la conduite peu scrupuleuse du défendeur qui s'est introduit dans l'intimité conjugale, a éloigné la femme de ses devoirs et a amené la séparation des époux. De là on pourra affirmer avec raison que la gravité particulière (die besondere Schwere) du préjudice comme de la faute existe. » Le mari lésé demandait en outre compensation pour le préjudice matériel que lui avait causé la rupture de ses relations commerciales avec le père de sa femme et avec une maison de commerce dont le défendeur était un des associés. Le Tribunal Fédéral lui donna également gain de cause sur ce chef.

(1) R. G., 26 octobre 1909, VII, 580/08.

(2) Cf. au chapitre : Effets du Divorce et de la Séparation de Corps, les dispositions du C. C. suisse qui dans certains cas mettent à la charge d'un époux contre lequel le divorce a été prononcé une indemnité distincte de la pension alimentaire.

II. — ABANDON. SÉPARATION DE FAIT

On peut classer en deux catégories les actions qui naissent de l'abandon. Les unes ont pour but de ramener au domicile conjugal celui des époux qui l'a abandonné. Les autres actions au contraire consistent exclusivement en une demande en divorce ou en séparation de corps ; elles ne sauraient poursuivre le retour de l'époux coupable au domicile conjugal.

Le remède logique à l'abandon de l'un des époux par l'autre n'est pas l'action en divorce ou en séparation de corps, mais l'action qui exige le retour du conjoint au domicile conjugal. Nous étudierons particulièrement cette action en droit anglais (*restitution of conjugal rights*) et en droit allemand (*Herstellung der häuslichen Gemeinschaft*) où elle a une grande importance. Elle précède souvent, dans ces deux systèmes de droit, l'action en divorce ou en séparation de corps pour abandon. Nous la trouvons aussi dans le droit suisse, le droit autrichien, dans la loi hongroise de 1894 et la loi tchéquoslovaque de 1919.

Dans d'autres pays l'action dont l'objet est le retour de l'époux coupable est inconnue et l'unique remède est l'action en divorce ou en séparation de corps qui peut être introduite soit immédiatement, soit lorsque l'abandon a duré un certain temps. C'est le système de la jurisprudence française et roumaine, des Codes italiens et néerlandais, des lois scandinaves et baltes, de la loi portugaise, des lois des États-Unis

d'Amérique et de la plupart des Codes des Etats Sud et Centre Américains.

Accessoirement à ces deux catégories d'actions, nous rencontrerons dans certains pays, Angleterre, Italie, Etats-Unis, des actions tendant à obtenir une pension alimentaire ou un domicile séparé.

A. — Actions tendant à obtenir le retour
de l'époux coupable

a) *Droit anglais.* — En droit anglais où l'abandon (desertion) n'est pas une cause de divorce, mais de séparation seulement, cette action qui prend le nom de *restitution of conjugal rights* a d'abord sa fin en elle-même; ensuite et surtout elle sert à établir l'existence de l'abandon. Un jugement non exécuté condamnant à la restitution des droits conjugaux constitue l'abandon légal (1) au même titre que l'abandon continué pendant deux ans (2). Le jugement accordant la restitution des droits conjugaux ne constitue pas un droit même pour un demandeur sans reproche (3).

L'abandon doit avoir été volontaire et ne pas se justifier par quelque motif légitime (reasonable excuse). Cette conception de l'abandon est moins simple que la nôtre. Chez nous l'abandon consiste dans l'acte de quitter le domicile conjugal. Le droit anglais s'arrêtant moins à la forme, aux apparences, va peut-être

(1) Act. de 1884, s. 5 (statutory desertion).

(2) Act. de 1857, s.

(3) Powell c/ id., 1922, P. 278.

plus que nous au fond des choses. Le fait pour un mari d'éviter systématiquement la société de sa femme constitue l'abandon bien que les époux vivent sous le même toit (1). Le conjoint coupable d'abandon est celui qui par sa conduite a rendu la vie commune insupportable et forcé l'autre conjoint à s'éloigner (2). Ainsi la femme qui quitte son mari, parce qu'il entretient des relations illégitimes avec une autre femme, ne se rend pas coupable d'abandon ; elle n'est pas obligée de vivre avec son mari dans ces circonstances. Nous touchons ici à une théorie importante dans le droit anglo-américain et que nous retrouverons dans le droit allemand, celle de l'*abandon justifié*, théorie sur laquelle repose la valeur légale accordée à la séparation de fait dont nous nous occuperons plus loin. L'extrait suivant d'un jugement de Sir Henry Duke fera mieux comprendre cette conception de l'abandon qui emprunte peu de chose à la notion de séparation dans l'espace : « L'opinion de Lord Penzance que la « desertion » implique la suppression effective de la cohabitation (L.R.I.P. et M. 697) n'est pas une définition complète de l'abandon... Il faut prendre en considération la conduite des parties. L'abandon n'est pas le fait de quitter un endroit mais un état de choses. Le mari peut vivre dans un endroit et agir de telle sorte qu'il soit impossible à sa femme d'y vivre avec lui ; il sera coupable d'abandon bien que ce soit elle et non lui qui en réalité se retire... La loi ne s'at-

(1) Greene c/ id., 1916, P. 188.

(2) Sickert c/ id., 1899, P. 278.

tache pas à une question de lieu. Ce qu'elle cherche à sanctionner c'est la reconnaissance et l'exécution des obligations mutuelles dans le mariage. Si l'une des parties ne les reconnaît pas, la partie qui a offensé l'autre ne peut pas prétendre qu'elle n'est pas coupable d'abandon parce qu'elle n'a pas quitté une résidence (1). »

Les Cours ecclésiastiques ne faisaient pas de l'abandon une cause de séparation de corps, mais permettaient seulement de demander la restitution des droits conjugaux. Elles admettaient en défense à cette action en restitution la preuve rapportée par la partie défenderesse de faits suffisamment graves pour motiver un jugement de séparation de corps en sa faveur, l'adultère, par exemple, ou les sévices (cruelty) et cette jurisprudence en matière de restitution de droits conjugaux ne fut pas ébranlée par l'Act de 1857 qui ajouta l'abandon continué pendant deux ans aux causes de séparation de corps. Inversement, lorsque la Cour repoussait comme insuffisamment fondée une requête en séparation de corps formée par un époux qui croyant faussement à l'existence d'une cause de séparation à son profit pensait avoir eu un motif légitime pour se retirer de la société de son conjoint, elle accordait à ce dernier sur sa demande un jugement de restitution de droits conjugaux. Mais lorsque l'Act de 1884 s. 5 vint assimiler le jugement de restitution non exécuté à l'abandon continué pendant deux ans, la juris-

(1) Rilford c/ id., 1921, P. 18.

prudence changea. La Cour estima alors qu'elle ne se trouvait plus obligée en repoussant la requête en séparation d'un des conjoints d'accorder la restitution des droits conjugaux à l'autre, ce qui eût permis à celui-ci d'obtenir par la voie indirecte de la section 5 de l'Act de 1884 un jugement de séparation ou de divorce à son profit.

C'est le principe qui se dégage de l'importante décision dans l'affaire Russel (1). La Cour jugea que les faits injurieux reprochés à lady Russel, tout en n'étant pas d'une gravité suffisante pour motiver un jugement de séparation de corps contre elle (*facts not amounting to legal cruelty*) étaient cependant de nature à enlever à l'abandon du mari le caractère d'abandon sans motif légitime et qu'il ne saurait être accordé à lady Russel un jugement de restitution de droits conjugaux.

Lorsqu'une action en restitution ou séparation pour abandon est intentée, la question est donc de savoir s'il y a eu abandon sans motif légitime, en tenant compte de l'interprétation libérale du motif légitime par la jurisprudence anglaise. Peut-être le critérium le plus sûr est-il celui qui nous est indiqué dans l'affaire Olroyd (2) et qui se rapproche sensiblement de la condition énoncée à l'art. 1568 du B. G. B. : les faits invoqués ont-ils créé une incapacité de vie commune ?

(1) Russel, 1895, P. 315. Même solution dans Olroyd c/ id., 1896, P. 175.

(2) Olroyd c/ id., 1896, P. 175. Dans Greene c/ id., 1916, P. 188, il fut jugé que l'intempérance, la jalousie, une conduite frivole ne créaient pas une incapacité de vie commune et ne justifiaient pas l'abandon de la femme par le mari.

On sait que la législation des divers Etats de la Confédération australienne se rapproche sensiblement de celle de la métropole. Dans la Nouvelle-Zélande les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour faire produire au jugement non exécuté condamnant à la restitution des droits conjugaux les mêmes effets qu'à l'abandon malicieux continué pendant le délai légal (1). Ce délai légal est de deux ans pour la séparation de corps et de cinq ans pour le divorce (2).

Dans l'Etat de Victoria, la séparation de corps peut être obtenue au bout de deux ans d'abandon et le divorce au bout de trois ans (3).

Dans la Western Australia, l'abandon sans juste motif doit avoir continué pendant trois ans pour être une cause de divorce (4).

Dans l'Union Sud Africaine l'action en restitution de droits conjugaux était autrefois le préliminaire obligé de l'action en divorce pour abandon malicieux. La 31^e règle de la Cour permet à présent au plaideur qui intente une action en restitution de demander subsidiairement le divorce (5).

b) *Droit allemand.* — En droit allemand, l'action en

(1) *Divorce and Matrimonial Causes, Act. 1908, n° 50, art. 6; New Zealand, consolidated Statutes, Appendix D, vol. II.*

(2) *Divorce and Matrimonial Causes Amendment, Act. 1920, n° 70.11; Geo, V, New Zealand Statutes, 1920.*

(3) *Marriage, Act. 1915, n° 2691, 6; Geo, V. The General Public Acts of Victoria, vol. IV, p. 3215.*

(4) *Divorce Amendment, Act. 1920.*

(5) *Van ZYL, The Judicial Practice of South Africa; Maasdorp, Institutes of Cape Law.*

rétablissement de la communauté domestique est dans un cas le préliminaire obligé de la demande en divorce. C'est lorsque la résidence de la partie coupable d'abandon est connue et qu'elle n'a pas été transportée à l'étranger, de telle sorte qu'une citation régulière peut atteindre cette partie (quasi-désertion du droit protestant) (1).

Au contraire la résidence est elle inconnue ou le conjoint a-t-il fui à l'étranger (désertion véritable) (2)? Il n'y a pas lieu d'intenter l'action en rétablissement. Le divorce sera prononcé lorsqu'il se sera écoulé un délai d'un an depuis l'abandon et que les conditions requises pour la signification publique — résidence du défendeur inconnue ou résidence à l'étranger — auront également subsisté depuis un an. Le point de départ de ces deux délais ne sera pas nécessairement le même. Si les conditions requises pour la signification publique viennent à manquer pendant l'année, si le conjoint coupable d'abandon se fait connaître au cours du délai ou pendant l'instance, il devient impossible d'obtenir le divorce par cette voie et il faut intenter l'action en rétablissement.

Les conditions requises pour intenter cette dernière action sont les suivantes : 1^o) un abandon contre le gré de l'époux demandeur afin d'éviter la collusion qui conduirait à un divorce par consentement mutuel ; 2^o) le désir sincère du demandeur de reprendre la vie

(1) C. civ. allemand, art. 1567, al. 2, Walter, *Das Recht der Ehescheidung*, p. 43, Müser, *Bedeutung, Umfang und Wirkung der Scheidungsgründe*, p. 45.

(2) C. civ. allemand, art. 1567, al. 3.

commune ; 3^o) un abandon malicieux (bössliche Verlassung). Il y a abandon malicieux lorsque le départ n'a pas lieu pour raison d'affaires ou de santé, pour des nécessités de carrière ou pour obéir à la loi (service militaire), ou pour tout autre motif légitime, comme par exemple si l'époux demandeur a donné à l'époux coupable d'abandon une cause de divorce ou bien si l'action en rétablissement se présente comme un abus du droit (Misbrauch). Planck, en qualité de commissaire du Gouvernement à la discussion du B. G. B. devant le Reichstag déclara qu'il y avait abus du droit « dès qu'une décision du mari est en opposition avec le véritable caractère de l'état de mariage ». Il y a abus du droit lorsque le mari exige le retour de la femme et qu'il est hors d'état de lui offrir une demeure convenable, ou lorsqu'il entretient à la maison une concubine (1) ; lorsqu'il retire à la femme sans raison et de manière purement vexatoire la « Schlüsselgewalt » ; lorsqu'il exige que la femme le suive à l'étranger nonobstant un grave péril pour sa santé. La deuxième commission avait ajouté une disposition suivant laquelle il y aurait abus du droit si l'un des époux réclamait l'établissement de la communauté domestique avant la célébration du mariage religieux. L'article fut écarté sous prétexte que cela allait de soi.

L'action en rétablissement n'est pas susceptible d'exécution (Zwangsvollstreckung), mais il y a une autre sanction. Si le défendeur à l'action en rétablisse-

(1) R. G., J. W., 1903, s. 103.

ment n'a pas rétabli la communauté domestique dans le délai d'un an qui lui est imparti, l'époux demandeur à l'action en rétablissement peut obtenir le divorce fondé sur la quasi-désertion (1). Si l'époux coupable retourne après l'expiration de ce délai, son retour ne pourra plus empêcher l'autre époux de demander le divorce. Dans ce second procès le demandeur devra établir que le jugement condamnant au rétablissement de la communauté n'a pas été exécuté dans une intention malicieuse (aus bösslicher Absicht). Le défendeur pourra opposer des raisons du même ordre (Misbrauch, etc.) que celles qu'il pouvait invoquer lors du premier procès. Bien qu'il ait été condamné à rentrer, le défendeur aura un motif légitime pour ne pas obéir si pendant le temps écoulé entre le dernier débat oral et le délai qui lui est imparti pour rétablir la communauté conjugale, le demandeur s'est rendu coupable d'un acte qui ferait prononcer le divorce contre lui, par exemple si pendant cette période il s'est rendu coupable d'adultère. La compensation de l'ancien droit reparaît sous cette forme.

L'art. 140 du C. C. Suisse permet de demander le divorce ou la séparation de corps lorsque l'abandon a duré au moins deux ans et n'a pas pris fin. Le délai n'a pas besoin d'avoir été ininterrompu. Un retour

(1) Il n'est pas nécessaire que le délai d'un an de l'art. 1567. al. 2, n° 1, soit écoulé à la date de la demande en divorce, L'époux qui entame prématurément la demande court seulement le risque de se voir débouter et de supporter les frais du procès si l'année ne s'est pas écoulée à la date du premier débat oral., R. G., 7 juillet 1913, IV, 155/13.

momentané ne supprime pas l'abandon ; il faudrait pour cela que le retour impliquât une reprise durable de la vie commune. L'époux absent doit être sommé de rentrer au domicile conjugal dans les six mois. Si son domicile est inconnu il y a lieu à signification publique. L'action ne peut être intentée qu'après ce délai. Comme en droit allemand, le défendeur peut avoir eu de justes motifs pour ne pas réintégrer le domicile conjugal. Ainsi, la femme n'est obligée de suivre le mari que s'il a un domicile indépendant (1).

Le C. C. autrichien distingue aussi suivant que la résidence du défendeur est connue (quasi-désertion) ou inconnue (désertion véritable). Lorsque la résidence est connue une sommation de réintégrer doit être faite au conjoint coupable, avant que l'action en divorce ou en séparation puisse être entamée, mais aucune condition de délai n'est mentionnée. Lorsque la résidence est inconnue, ce n'est qu'un an après la signification publique, et si l'abandon n'a pas été interrompu, que l'action en divorce ou en séparation peut être introduite.

L'art. 132 du nouveau C. civ. ottoman reproduit à peu près les dispositions du C. civ. Suisse sur l'abandon.

La loi tchécoslovaque du 22 mai 1919, art. 13 litt. C. et la loi hongroise 31 de 1894 consacrent la même distinction entre la quasi-désertion et la désertion. Dans la première hypothèse le délai pour le rétablissement de la communauté domestique, après l'ordre de retour du

(1) Rossel et Mentha, *Droit civil suisse*.

juge, est de six mois au lieu de l'année exigée par le droit allemand.

En cas de désertion véritable le demandeur, d'après le droit tchécoslovaque, pourra introduire l'action en divorce ou en séparation de corps lorsqu'il se sera écoulé un délai de six mois depuis la signification publique. D'après la loi hongroise ce délai est d'un an.

**B. — Actions tendant directement au divorce
ou à la séparation**

On sait que notre Code civil ne mentionne pas expressément l'abandon. Il n'en fait pas une cause péremptoire de divorce ou de séparation. L'abandon ne devient une cause de divorce ou de séparation que lorsqu'on peut le faire entrer dans la notion d'injure grave. Or la loi n'a pas défini l'injure grave et les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation pour appliquer aux faits invoqués ce caractère. Deux courants se manifestent à l'égard de l'abandon dans la jurisprudence. Certains arrêts exigent que le demandeur établisse le caractère injurieux de l'abandon. Le refus de cohabitation de la part de l'un ou l'autre des époux peut constituer une injure grave s'il est volontaire, intentionnel, et n'est justifié par aucun motif sérieux (1). D'après d'autres arrêts, au contraire, le fait de quitter le domicile conjugal suffit par lui-

(1) Trib. de Thonon, 5 déc. 1924, D. H., 1925, 93; — *Req.*, 6 nov. 1888, *Gaz. Palais*, 3 janvier 1889.

même à constituer une injure grave à moins que son auteur ne le justifie (1). En l'absence d'une disposition expresse de la loi faisant de l'abandon une cause de divorce, il est difficile d'approuver cette jurisprudence. Rien ne prouve, en effet, que l'abandon ait été injurieux. Il est fort possible que le conjoint soit parti parce que la vie au domicile conjugal lui était devenue intolérable par la faute de l'autre époux. On doit préférer en matière d'abandon la jurisprudence anglaise ou italienne moins esclaves de la lettre et qui pénétrèrent mieux le véritable sens du mot en s'attachant à peser plus exactement les responsabilités.

Le C. roumain et le C. espagnol, à l'instar du nôtre, ne nomment pas l'abandon parmi les causes de divorce ou de séparation ; mais il peut entrer comme élément décisif dans la notion de l'injure grave.

Au contraire dans le décret-loi portugais figure parmi les causes de divorce ou de séparation l'abandon du domicile conjugal pendant une durée d'au moins trois ans. Il en est de même de l'absence, quand on est sans nouvelles de l'absent depuis quatre ans.

L'abandon volontaire est expressément mentionné comme une cause de séparation par le C. C. italien. Les auteurs le définissent comme un éloignement du domicile conjugal avec le propos délibéré de ne plus revenir et de se soustraire aux devoirs naissant du mariage (2). Le qualificatif de « volontaire » a ici le

(1) Paris, 18 nov. 1912, *Gaz. Tribunaux*, 1^{er} mars 1913.

(2) Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. VII, p. 457.

sens de capricieux, arbitraire, non justifié par quelque motif raisonnable (1). On y doit voir la preuve de l'importance que le droit italien attache à ce que l'abandon soit injurieux. C'est au demandeur à prouver non seulement le fait matériel de l'abandon mais aussi son caractère volontaire (2). L'abandon est dépourvu de tout caractère injurieux lorsqu'il est rendu nécessaire par l'accomplissement d'un devoir légal ou moral, tels que le service militaire ou l'émigration en vue de procurer des ressources à la famille. De même la femme qui se refuse à suivre son mari dans la demeure qu'il a fixée n'est pas coupable d'abandon volontaire si elle se réfugie dans la maison paternelle soit pour se soustraire aux mauvais traitements de son mari, soit pour ne pas vivre avec ses beaux-parents pendant le temps où son mari se trouve à l'étranger (3).

La loi ne pose aucune condition de délai ; aussitôt que l'abandon volontaire se manifeste, ni sa durée ni sa cessation n'influeront sur la sentence.

Le Code néerlandais (Art. 266) fixe un délai de cinq ans, qui court à dater de l'époque où l'époux a abandonné le domicile commun, et avant l'expiration duquel l'action en divorce ou en séparation ne peut être intentée. Si l'éloignement est fondé sur une cause légitime, le terme de cinq années ne commencera à courir qu'à dater de l'époque où la cause a cessé.

La loi hellène du 24 juin 1920 fixe un délai de deux

(1) Cass., Florence, 25 mai 1899, M. T., 1900, 83.

(2) Cass., Florence, 25 mai 1914, M. T., 1914, 668.

(3) Cass., Rome, 27 nov. 1896, M. T., 1897, 237.

ans. Elle admet aussi l'absence comme cause de divorce.

En Suède le Code de 1734 avait adopté la distinction du droit protestant entre la quasi-désertion et la désertion véritable. Aux plaideurs riches s'offraient les divorces dits de Copenhague, fondés en apparence sur la désertion, mais en réalité obtenus par consentement mutuel. Si l'on ne pouvait partir pour l'étranger, il fallait entreprendre la procédure de la quasi-désertion qui était longue et comportait toute une série d'avertissements de la part des autorités spirituelles. La loi du 11 juin 1920 permet de prononcer le divorce en faveur de l'époux innocent lorsque l'autre conjoint a volontairement et sans raison dûment établie abandonné la vie en commun pendant deux ans et que cet abandon n'a pas pris fin. La loi prévoit aussi le cas où par suite de désaccord les époux ont vécu séparés pendant trois ans au moins. Chacun d'eux pourra obtenir le divorce ; néanmoins il ne devra pas être prononcé à la demande d'un seul si, à raison de sa conduite ou d'autres circonstances particulières, la dissolution du mariage peut lui être raisonnablement refusée. En cas d'absence de l'un des époux et si l'on ignore depuis trois ans s'il est en vie, le divorce pourra être prononcé en faveur de l'autre époux.

Les dispositions de la loi norvégienne du 31 mai 1918 sur la conclusion et la dissolution du mariage sont identiques.

D'après la loi danoise du 30 Juin 1922 chacun des conjoints peut demander un jugement de divorce

lorsque l'autre s'est pendant deux ans, contre le gré du requérant et sans raisons valables, soustrait à la vie commune. Il en est de même si l'autre conjoint a disparu pendant trois ans. Une autorisation administrative de divorce devra être accordée si les conjoints ont vécu séparés pendant deux ans et six mois et que l'un d'eux l'exige.

La loi esthonienne du 27 octobre 1922 permet de demander le divorce lorsque l'abandon a duré au moins une année. Avant l'introduction de la demande, mais après que l'abandon a duré au moins neuf mois, une sommation de réintégrer le domicile conjugal doit intervenir.

La loi lettone du 18 février 1921 accorde le divorce lorsque l'abandon a duré une année (Art. 44).

Aux Etats-Unis la procédure anglaise de la restitution des droits conjugaux est inconnue (1) et l'action en divorce ou en séparation de corps est le seul remède qui s'offre à l'époux innocent.

L'abandon constitue dans un grand nombre d'Etats une cause de divorce, dans d'autres seulement une cause de séparation (2). La plupart des lois ou codes édictent des délais, variant entre six mois et trois ans, pendant lesquels l'abandon doit continuer. Dans

(1) Dans un seul Etat, la Louisiane, la femme peut être légalement contrainte à cohabiter avec son mari et son refus de le suivre sans motif légitime fera obtenir au mari un jugement obligeant la femme à le rejoindre. C. J., vol. XXX, Husband and Wife, art. 20.

(2) Cf. pour chaque Etat: Marriage and Divorce, *Spécial Reports of the Census*.

quelques Etats, par exemple dans l'Etat de New-York et dans le Maryland, la loi ne contient pas d'indication de délai ; l'offense est alors parfaite immédiatement et le droit qui appartient à l'époux abandonné d'intenter l'action n'est pas affecté par une offre, même faite de bonne foi, de la part de l'époux coupable de réintégrer le domicile conjugal (1).

Dans certains Etats le refus de rendre le devoir conjugal équivaldra à l'abandon. La majorité des décisions ne se prononcent cependant pas dans ce sens et il faut en général qu'à ce refus se joigne celui d'assistance et de secours (2).

La conception juridique de l'abandon est essentiellement la même qu'en Angleterre et nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit pour le droit anglais. L'abandon, pour être une cause de divorce ou de séparation, doit ne pouvoir se justifier par quelque motif légitime d'éloignement.

La plupart des Codes des Etats Sud et Centre Américains mentionnent l'abandon comme cause soit de divorce soit de séparation. Ce sont :

Le C. C. brésilien (Art. 317). Abandon volontaire du domicile conjugal pendant deux ans continus. Séparation de corps.

Le C. C. argentin (Art. 224). Abandon volontaire et malicieux. Pas de délai. Séparation de corps.

(1) C. J., vol. XIX, *Divorce*, art. 108 et art. 126.

(2) Yale Law, *Journal*, 1222-23, 404 et les décisions rapportées dans *Columbia Law Review*, 1923, 78.

Le C. C. du Vénézuéla (Art. 189). Abandon volontaire. Pas de délai. Divorce ou séparation de corps.

La l. chilienne du 10 janvier 1884. Séparation de corps.

La loi cubaine du 29 juillet 1918 (Art. 3). Abandon volontaire dans sans interruption pendant plus de deux ans. Divorce ou séparation de corps.

C. — Actions tendant à obtenir une pension alimentaire ou un domicile séparé

On observe dans certains pays, principalement dans les législations dérivées du droit protestant (Angleterre, Etats-Unis, certains Dominions) une tendance, étroitement liée à la théorie de l'abandon justifié, à accorder dans certaines circonstances une valeur légale à la séparation de fait, à lui faire produire, au profit de la partie innocente, certains effets juridiques autres que le droit d'obtenir le divorce ou la séparation pour abandon, par exemple la faculté de s'adresser aux tribunaux pour demander des aliments et le droit d'avoir un domicile séparé. Cette tendance a reçu une impulsion nouvelle des idées favorables à l'émancipation des femmes. Elle s'est manifestée en Angleterre et en Italie. Mais c'est surtout aux Etats-Unis, et en matière de pension alimentaire (*separate maintenance*), et de domicile distinct, qu'elle a fait le plus de progrès.

Le mouvement est encore peu accentué en Angleterre, si l'on excepte le *Summary Jurisdiction Act* de 1895 qui permet à la femme abandonnée de s'adresser à une Cour de Summary Jurisdiction pour faire statuer

par elle sur le droit d'avoir un domicile séparé, sur la pension alimentaire et la garde des enfants. Ici, point n'est besoin que l'abandon ait duré deux ans ou qu'il y ait un jugement non exécuté condamnant à la restitution des droits conjugaux, comme lorsqu'il s'agit d'une demande en séparation de corps ; l'action se prescrit au contraire dans le délai très court de six mois à partir du fait constitutif de l'abandon (1).

Nous ne trouvons pas d'autres dispositions législatives qui témoignent du besoin croissant de tenir compte de la situation de fait produite par l'abandon ; et cela tient sans doute à la fréquence dans la pratique des conventions de séparation dont les clauses règlent les rapports pécuniaires des deux époux. La question du domicile séparé a cependant préoccupé les esprits. Un projet de loi (*Matrimonial Causes Bill* 1921) propose de permettre à la femme abandonnée, dont le mari a acquis un nouveau domicile, de s'adresser pour demander le divorce ou la séparation aux tribunaux de son ancien domicile qu'elle a conservé en fait. La jurisprudence anglaise s'est en effet jusqu'ici formellement refusée à reconnaître à la femme mariée le droit d'avoir un domicile autre que celui de son mari, sauf les cas visés par le *Summary Jurisdiction Act*, et les deux affaires *Stathatos* et de *Montaigu* (2) que l'on cite parfois comme une exception à cette règle sont des décisions d'un ordre tout à fait spécial, au profit de

(1) *Thomas c/ id*, L. T., 1923, 575.

(2) Voir Deuxième Partie Droit Int. Privé, Chap. Conflit de Jurisdiction.

femmes dont le mariage valablement contracté en Angleterre avait été annulé dans le pays du domicile du mari. C'est pour éviter un véritable déni de justice qu'on a permis à ces femmes qui étaient domiciliées en Angleterre avant leur mariage et qui abandonnées par leur mari avaient continué à résider en Angleterre, de s'adresser aux tribunaux anglais pour demander le divorce. Les tribunaux écossais au contraire — et c'est là une source de conflits avec les tribunaux anglais — admettent que la femme peut dans certains cas, par exemple lorsqu'elle a été abandonnée par son mari, avoir un domicile légal distinct du sien pour l'exercice d'actions nées du mariage. Prenons le cas d'époux domiciliés en Ecosse. Le mari abandonne sa femme et s'expatrie. L'injure a été commise en Ecosse et le mari ne peut par un changement de domicile enlever à la femme le droit d'obtenir réparation. Mais en aucun cas ce domicile de la femme ne peut conférer de droit pour l'exercice d'actions autres que celles nées du mariage. C'est ce qui ressort clairement de la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire *Lord Advocate c/ Jaffrey* (1). L'arrêt témoigne d'une résolution très nette de ne reconnaître à la femme mariée d'autre domicile que celui de son mari. La solution a d'autant plus de poids que l'espèce était assez favorable à la thèse du domicile distinct. La femme qui vivait en Ecosse avait été abandonnée depuis plus de vingt ans par le mari parti pour l'Australie où il

(1) *Lord Advocate c/ Jaffrey* (1921), I. A. C., 146 ; Cf. *Clunet*, 1924, p. 805.

avait contracté illégalement un second mariage. Elle avait intenté une action en divorce et était décédée au cours de l'instance. L'Administration de l'Inland Revenue soutenait, pour pouvoir percevoir des droits de mutation sur ses biens, qu'elle était légalement domiciliée en Ecosse et non en Australie. La Chambre des Lords rejeta sa prétention.

En Italie, la jurisprudence et une partie de la doctrine se sont montrées assez favorables à la séparation de fait. Le qualificatif de « volontaire », c'est-à-dire capricieux et arbitraire, que la loi ajoute à l'abandon, pour qu'il soit une cause de séparation de corps, a permis de construire un système suivant lequel la femme qui abandonne le mari pour se soustraire aux privations et aux souffrances n'est pas coupable parce que son acte est justifié (1). Il ne semble même pas, suivant la jurisprudence dominante, que les faits justificatifs de l'abandon aient besoin d'être des causes légales de séparation (2). La conséquence de cette théorie est que la femme aura droit aux aliments sans avoir à intenter une action en séparation, mais il ne semble pas qu'elle puisse avoir un domicile légal autre que celui de son mari.

Aux Etats-Unis, une femme peut, lorsqu'il existe une cause de divorce ou de séparation à son profit, acquérir en droit un domicile séparé qui lui permette de porter sa demande devant le « tribunal compétent ». Mais quel

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, vol. VII, p. 467.

(2) Caby, *Le Principe de l'Indissolubilité du Mariage et la Séparation de corps en droit italien*, 1924.

sera au juste le tribunal compétent ? Un point est certain : si l'un des époux abandonne l'autre et acquiert un domicile ailleurs, l'époux abandonné peut introduire l'action devant le tribunal du domicile primitif (1).

La controverse porte sur le point de savoir si la femme qui abandonne son mari pour un motif légitime peut établir son domicile légal ailleurs et porter sa demande devant le tribunal de ce nouveau domicile. Les affirmations très générales qui ont quelquefois été formulées dans ce sens (2) sont à mon avis bien risquées. Elles sont démenties par la jurisprudence de la Cour Suprême. Cette matière dépend d'ailleurs plutôt des principes qui gouvernent les conflits de compétence que des effets juridiques de la séparation de fait et nous l'examinerons avec les autres questions appartenant au droit international privé.

Une règle bien établie dans le droit américain est celle qui permet à la femme, vivant en fait séparée de son mari et justifiant d'un motif légitime, d'introduire une demande en pension alimentaire (*maintenance*). Elle ne sera pas obligée de plaider en divorce ou en séparation (3). L'action est fondée sur des dispositions législatives en vigueur dans un grand nombre d'Etats et, dans les Etats où celles-ci n'existent pas, sur l'équité. Le motif légitime varie avec les Etats. Certains Etats exigent un fait qui justifierait le divorce ou la sé-

(1) C. J., *Husband and Wife*, vol XXX, § 44.

(2) *Yale Law, Journal*, 1920-21, p. 631.

(3) C. J., *Husband and Wife*, vol. XXX, § 859.

paration ; d'autres voient un motif légitime dans des circonstances moins graves.

1^o L'abandon de la femme par le mari constituera à peu près partout un motif légitime pour demander la *separate maintenance*, soit en équité, soit en vertu d'une disposition expresse de la loi. Bien entendu, comme pour l'action en divorce ou en séparation, l'abandon devra avoir été malicieux, c'est-à-dire ne pas se justifier lui-même par quelque motif légitime. Si le mari n'a quitté la femme que lorsque celle-ci s'est rendue coupable d'un fait constituant une cause de divorce, ou si, sans qu'il y ait positivement cause de divorce, la conduite de la femme a été telle que le mari en la quittant ne saurait être blâmé, il ne peut y avoir lieu à *separate maintenance*. Inversement, la femme pourra demander la *separate maintenance* lorsqu'elle aura en fait quitté son mari parce que la conduite de celui-ci justifiait son départ. C'est le cas désigné par les juristes anglais et américains sous le nom d' « abandon virtuel » (*constructive desertion*) du mari. Il est de jurisprudence que « lorsque le mari adopte habituellement à l'égard de la femme une attitude injustifiée et contraire au devoir qui nécessairement et inévitablement lui rendra la vie odieuse... la femme n'est pas tenue de vivre avec le mari et le fait de vivre séparée de lui est justifié » (1).

2^o Les sévices et mauvais traitements (*cruelly and ill-treatment*), communication de maladie véné-

(1) French c/id., 302, III, 152 ; Reifschneider c/id., 144, III, A., 119, C. J., vol. XXX, § 864, note 39.

rienne (1), alcoolisme invétéré, adultère (2), refus de mettre à la disposition du conjoint une habitation convenable (3), etc., constituent dans bon nombre d'Etats des motifs légitimes de séparation permettant d'accorder la *separate maintenance*. Les sévices doivent être d'une gravité telle qu'ils mettent en danger la vie ou la santé physique ou morale, ou créent une appréhension raisonnable de danger (4).

Fin de non-recevoir à l'action en separate maintenance. — 1° Une convention de séparation valable aura l'effet d'une fin de non-recevoir à l'action en *separate maintenance*. Toutefois il n'en sera pas ainsi lorsque les engagements pris de part et d'autre de ne pas introduire d'action ne visent que des actions fondées sur des faits antérieurs à la convention et lors-

(1) Carr c/id., 6, Ind., A., 377, 33, N. F.; 805., C. J., vol. XXX, § 864.

(2) Mars c/id., 10, N. Y. L. J., 300. La femme n'est pas obligée de vivre sous le toit conjugal avec la concubine de son mari (C. J., vol. XXX, § 864).

(3) Decker c/id., 56, Mont., 338, 185, p. 168 (C. J., vol. XXX, § 864).

(4) Les faits suivants ont été jugés insuffisants pour faire accorder la *separate maintenance* :

a) Un mari place de façon à ce que sa femme les trouve des lettres adressées par lui à une précédente fiancée, ainsi qu'un portrait de la précédente fiancée complètement nue. Turner c/ id., 234, Mass., 37, 124, N. E., 721.

b) Un mari refuse de permettre à sa femme de mettre une nappe propre sur la table et lui commande d'employer un tapis à la place d'une nappe. Wise c/id., 60, S. C., 426, S. E. 794 (C. J., vol. XXX, § 866).

que le mari a manqué dans une large mesure à ses engagements (1).

2°) Dans quelques États les ressources personnelles de la femme lorsqu'elles seront suffisantes à assurer son entretien constitueront une fin de non-recevoir mais cela est rare et le plus souvent les tribunaux n'en tiendront pas compte (2).

III. — SEVICES

A. *Angleterre. Dominions. Etats-Unis.* — Le droit le plus restrictif, celui qui a le moins subi l'influence des théories de droit naturel du XVIII^e siècle est la coutume jurisprudentielle anglaise léguée par les tribunaux ecclésiastiques et incorporée à l'Act de 1857. Ce que nous appelons sévices s'exprime en anglais par le mot *cruelty*. Ce mot a signification plus ou moins large suivant qu'il s'agit d'action en séparation de corps ou d'action en divorce. L'Act de 1857 n'a guère modifié la séparation de corps. Il accorde au juge pour le divorce une certaine liberté d'appréciation. Jusqu'à l'Act de 1923 qui permet de demander le divorce pour adultère du mari sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'une seconde cause accessoire, sévices ou abandon par exemple, les juges devaient dis-

(1) C. J., vol. XXX, § 873.

(2) « L'objet de l'action est que l'homme, auquel incombe légalement le devoir de nourrir la famille, soit contraint à fournir à celle-ci les aliments, la subsistance et les moyens d'existence ». Smith c/ id., *Ind.*, A. 610, 74, N. E., 1008.

tinguer dans l'interprétation des faits de *cruelty*, la demande en séparation de corps qu'ils étaient tenus de juger suivant les vieux principes des Cours ecclésiastiques, de la demande en divorce, à l'égard de laquelle ils jouissaient d'un plus large pouvoir d'appréciation (1). La distinction a maintenant moins d'intérêt, car lorsque les sévices seront invoqués il s'agira presque toujours d'une demande en séparation de corps pour laquelle il faudra se référer aux principes ecclésiastiques.

Les Cours ecclésiastiques donnaient au mot de *cruelty* un sens assez étroit : il fallait qu'il y eût lésion corporelle ou dommage causé à la santé. La notion d'injure était absente ; elle n'entraînait en ligne de compte que si la conduite injurieuse était d'une gravité telle que la santé de la victime en fût compromise. *Cruelty* telle que l'entendaient les Cours ecclésiastiques peut se définir : sévices corporels ou crainte fondée de sévices, ou encore, pression morale exercée systématiquement pour forcer à la soumission en détruisant la santé. La jurisprudence civile ne s'est guère éloignée de ces vues. Dans l'affaire Russel (2), un arrêt de principe sur la question, nous trouvons : « Il est accordé protection à l'époux demandeur contre la violence actuelle ou appréhendée, les mauvais traitements corporels ou le préjudice causé à la santé. » Dans un autre passage du même arrêt il est dit que le

(1) *Matrimonial Causes, Act. 1857*, s. 22.

(2) Russel c/id., 1897, A. C., p. 468, cité dans Moss c/id, 1916, P. 162.

mot santé vise aussi bien la santé de l'esprit que celle du corps. Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait sévices corporels à proprement parler. Et voici un nouvel exemple de la souplesse particulière du droit anglo-saxon moins attaché que le nôtre à une rigoureuse logique verbale, mais plus près peut-être de la réalité des choses : lorsqu'il sera établi que la conduite du mari, sans qu'on puisse reprocher à celui-ci des actes de violence à proprement parler, aura porté un préjudice certain à la santé de la femme, il y aura ce que les juristes anglais appelleront sévices virtuels (*constructive cruelty*) (1) qui légitimeront la séparation de corps.

La législation des divers Etats de la Confédération australienne et de la Nouvelle-Zélande reproduit en général pour une grande part les *Acts* 20 et 21 Vict. de l'Angleterre et l'interprétation du mot *cruelty* que l'on retrouve ici dans les demandes en séparation de corps est à peu près l'interprétation anglaise (2). C'est par rapport aux causes de divorce que se manifeste la physionomie originale de ces législations neuves. Ici ce n'est pas seulement la condamnation pour attentat à la vie de l'autre époux ou pour graves blessures qui permet d'obtenir le divorce, mais encore d'autres manquements aux devoirs conjugaux, entre autres des actes de brutalité, pourront, s'ils sont accompagnés d'abus de boissons alcooliques (3) motiver la dissolution du mariage.

(1) *Fenwick c/id.*, 38, T. L. R. 603.

(2) *Victoria M. Act* 1915. *Australie du Sud, Act* de 1867. *Nouvelle-Zélande, Act* de 1908 et 1920, etc.

(3) Voir cette cause de divorce.

Le droit connu sous le nom de *Roman Dutch Law* en vigueur dans l'Union Sud Africaine et à Ceylan ne permet pas de demander le divorce pour sévices. Au contraire, pour la séparation de corps, les causes ne sont pas limitativement énumérées et le juge peut retenir tous les faits qui rendent la vie commune dangereuse ou intolérable (*ondraaglyk*), par conséquent les sévices (1).

Aux Etats-Unis la notion de sévices (*cruelty*) était à l'origine la même qu'en Angleterre, et nous trouvons encore à l'heure actuelle chez les auteurs la définition générale suivante : violence exercée sur la personne ou conduite inspirant une crainte fondée de violence, ou traitement de nature à mettre en péril la vie, un membre ou la santé et rendant la vie commune dangereuse (2). Mais dans un grand nombre d'Etats la conception du droit ecclésiastique a fait place à une conception moins étroite, soit qu'en pratique l'interprétation des sévices soit devenue plus libérale, soit qu'à côté des sévices à proprement parler les lois aient s'envisagé des causes voisines, moins graves et participant davantage de la nature de l'injure, telles que l'ébriété et l'usage de stupéfiants. Nous reviendrons sur ces causes.

Pour déterminer si un acte doit entrer dans la catégorie des sévices, comme pour savoir si les sévices donnent droit au divorce, ou à la séparation de corps

(1) Oberholzer c/id., S. A. L. R., 1921, A. D. 372 qui suit la jurisprudence anglaise de l'affaire Russel. Maasdrorp. *Institutes of Cape Law*, p. 79.

(2) C. J., vol. XXX., § 866.

seulement, ou à l'une ou l'autre de ces protections au gré du demandeur, il faut se référer à la loi en vigueur dans chaque Etat (1) et examiner les circonstances de chaque cas particulier (état social des parties, etc.). Dans l'Etat de New-York, pour ne prendre qu'un exemple, le droit, plutôt restrictif, n'autorise que la séparation de corps pour sévices et les faits doivent être tels qu'il serait périlleux et contraire aux convenances entendues au sens le plus large (*unsafe and improper*) pour la femme de continuer à cohabiter avec le mari (2).

B. *Allemagne*. — L'art. 1568 du C. C. qui règle la matière dans le droit allemand affirme la volonté des rédacteurs du Code de quitter la voie tracée par les théories du droit naturel qu'avait suivie le Code prussien et de revenir au principe du droit protestant qui ne permettait de dissoudre le mariage que lorsqu'un des époux était coupable. Il est certain toutefois que le C. C. allemand n'a pas entendu consacrer la rigueur du droit protestant dont les tribunaux, pareils en cela aux tribunaux ecclésiastiques anglais, exigeaient des sévices (*Sävitien*) qu'ils missent en danger la vie ou la santé de l'époux. L'art. 1568 du C. C. dit qu'« un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint, par une violation grave des devoirs résultant du mariage ou par une conduite déshonorante ou immorale, s'est rendu coupable d'un ébranlement si profond du lien conjugal que le maintien du

(1) Cf. *Marriage and Divorce, Special reports of the Census*.

(2) C. J., vol. XXX, § 866.

mariage ne peut plus être exigé du premier. De sérieux sévices sont également réputés violation grave des devoirs. » La tendance de la jurisprudence depuis 1900 a même été de se montrer de moins en moins restrictive et cette tendance lui permet de prendre en considération pour mesurer la gravité de l'offense les circonstances dans lesquelles celle-ci a eu lieu (état social, santé de l'époux offensé, publicité de l'acte, etc.).

La première condition pour que les sévices soient une cause de divorce ou de suppression de la communauté domestique, est l'existence d'une faute et s'il n'y a pas de responsabilité, il ne saurait y avoir de faute. Ainsi les sévices infligés par un homme en état d'ivresse ne peuvent pas constituer une cause de divorce. Tout au plus pourrait-on imputer à cet homme de se trouver en état d'ivresse (conduite déshonorante). La solution est la même pour l'individu qui s'adonne aux stupéfiants, pour la femme hystérique, etc. Il doit donc y avoir faute, mais la faute seule ne suffit pas ; il faut qu'elle se traduise par un ébranlement si profond du lien conjugal que le maintien du mariage ne puisse être exigé de l'époux innocent. Cette notion de l'ébranlement du lien conjugal a une si grande importance dans le droit allemand et dans quelques autres législations, que nous l'examinerons dans un chapitre spécial consacré aux faits rendant la vie commune comme intolérable. En faisant des sévices une cause relative qui s'oppose aux causes absolues des art. 1565, 1566 et 1567 où l'ébranlement du lien conjugal rendant impossible la continuation du mariage est présumée,

sans que la preuve contraire soit admise, la loi a entendu laisser au juge un large pouvoir d'appréciation.

Le Code allemand a fait de l'attentat à la vie (Art. 1566) une cause absolue. L'intention formelle de tuer bien que cette intention n'ait pu se traduire par des actes équivalant à l'attentat. La disposition a peu d'intérêt pratique car les difficultés de preuve font en général écarter cette cause.

Le système de la loi hongroise de 1894 est à peu près identique. Peut demander le divorce ou la séparation l'époux dont le conjoint a attenté à sa vie ou l'a gravement et intentionnellement maltraité de manière à mettre en danger sa vie ou sa santé. La clause générale de l'art. 80 qui pourra jouer dans des cas où la brutalité physique est moins nettement caractérisée permettra de faire prononcer le divorce ou la séparation lorsque le conjoint « a manqué gravement et intentionnellement par sa conduite aux obligations résultant du mariage » ; mais ici la cause n'est pas absolue et le juge devra se convaincre que le lien conjugal est ébranlé au point de rendre la vie commune intolérable au demandeur.

Parmi les lois récentes qui ont suivi le système du C. C. allemand en matière de sévices se trouve la loi hellène du 24 juin 1920. Elle fait de l'attentat à la vie une cause absolue de divorce et son art. 5 est formulé en termes assez généraux pour pouvoir être invoqué chaque fois que par la faute d'un des époux la vie commune est devenue impossible (1).

(1) *Ann.*, 1922, p. 308.

Les art. 76 du C. C. mexicain de 1919 et 189 du C. C. du Vénézuala de 1922 ne mentionnent pas expressément l'attentat à la vie mais veulent également que les sévices, pour motiver la dissolution du mariage, soient de nature telle que la vie commune devienne intolérable.

Parmi les causes de divorce énumérées à l'art. 115 du C. C. autrichien se trouvent l'attentat à la vie ou à la santé et les mauvais traitements répétés et graves (*wiederholteschwere Misshandlungen*). Les causes sont les mêmes pour la séparation de corps.

C. *Groupe du code Napoléon.* — Prenons d'abord la disposition qui a servi de modèle à toutes les autres, l'art. 231 de notre C. C. Nous n'examinerons que ce que le législateur a voulu entendre par excès et sévices, réservant l'injure grave pour un chapitre spécial. Aubry et Rau (1) veulent que l'on distingue les excès des sévices et définissent les premiers « attentats de nature à mettre en danger la vie », les seconds « voies de fait qui n'ont pas ce caractère et toute espèce de mauvais traitements ». Il semble bien plutôt et c'est l'opinion de M. M. Planiol et Ripert (2), que le mot excès ne désigne pas quelque chose de spécifiquement distinct des sévices. Les deux termes s'emploieraient pour caractériser les mauvais traitements matériels depuis les simples coups ou voies de fait jusqu'à la tentative de meurtre. L'adjectif « graves » s'applique aux trois subs-

(1) Aubry et Rau, *Droit civil*, vol. VII, § 476.

(2) Planiol et Ripert, *Droit civil*, vol. II, p. 423.

tantifs qui le précèdent. Le juge à qui l'on demande de prononcer le divorce ou la séparation de corps en vertu de l'art. 231 jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation (1).

Le C. C. belge admet également par son art. 231 le divorce ou la séparation pour excès et sévices.

L'art. 264 du C. C. néerlandais voit une cause de divorce dans les « blessures graves ou tels sévices de l'un des époux envers l'autre qui mettent en péril sa vie ou qui ont occasionné des blessures graves ». Une demande en séparation pourra être formée suivant l'art. 288 pour excès ou sévices graves de l'un des époux envers l'autre.

Les excès et les sévices sont également une cause de divorce d'après l'art. 212 du C. C. roumain.

L'art. 150 du C. C. italien consacre une formule à peu près identique. Il y est en outre question de menaces. L'excès, suivant Pacifici-Mazzoni, est un attentat qui met en danger la vie. La jurisprudence adoptant une interprétation plus large voit dans l'excès un « fait excédant les limites de la raison, de l'honnêteté et des convenances » (2). Les sévices sont des actes de cruauté qui n'altèrent pas nécessairement la santé, et les mauvais traitements en général. Les menaces sont des paroles ou des gestes propres à faire naître la crainte pour la vie ou la santé du conjoint auquel elles sont adressées ou pour celles de ses proches.

Les mauvais traitements sont une cause de sépara-

(1) S. 1920, *Bull. Somm.*, I, 92.

(2) G. Caby, *op. cit.*, p. 157.

tion de corps d'après l'art. 105 du C. C. espagnol. Il en est de même de la violence exercée par le mari sur la femme pour l'obliger à changer de religion.

Le décret-loi portugais du 3 novembre 1910 (1) consacre aussi les sévices comme cause de divorce ou de séparation de corps. Il en est de même de la loi cubaine sur le divorce du 2 juillet 1918 (2) et des C. brésilien et argentin qui en font une cause de séparation. Le C. C. de la Colombie fait également des sévices (Art. 154) une cause de séparation de corps s'ils mettent en danger la vie du conjoint ou rendent impossible la paix domestique.

L'art. 138 du C. C. suisse permet de prononcer le divorce ou la séparation pour attentat à la vie ou sévices.

Les législations scandinaves, Suède (3), Norvège (4) et Danemark (5), la loi tchécoslovaque du 18 février 1921 autorisent la séparation de corps ou le divorce pour complot contre la vie du conjoint ou voies de fait graves.

IV. — INJURES GRAVES

Un grand nombre de faits qui n'entrent pas dans la catégorie des sévices, parce qu'ils ne se traduisent pas nécessairement par la violence ou la crainte de la vio-

(1) *Ann.*, 1911, p. 251.

(2) *Ann.*, 1918-19, p. 381.

(3) L. du 11 juin 1920, Réau, *Lois Suédoises*.

(4) L. du 31 mai 1918. *Ann.*, 1918, p. 293.

(5) L. du 30 juin 1922. *Ann.*, 1922, p. 224.

lence et qui se laissent difficilement définir à cause de leur grande diversité, sont cependant considérés par la plupart des législations, lorsque leur gravité est suffisamment démontrée, comme propres à motiver la dissolution du mariage ou la séparation de corps. Chaque législation les désigne à sa manière. Notre Code et les Codes qui se sont inspirés de ses textes les ont envisagés *in abstracto* en créant pour eux une cause-type : l'injure grave. Les Codes allemand et suisse ainsi que les législations récentes qui les ont pris pour modèles, sont partis d'un point de vue concret et par des dispositions très larges ont visé tous les faits qui rendent la vie commune intolérable sans toujours exiger une faute à la charge du défendeur. Les points de vue trop différents nous obligent à scinder la matière. Nous examinerons ici l'injure grave de notre droit et des législations auxquelles le Code Napoléon a servi de modèle ou qui ont adopté un principe analogue.

A. *Groupe du C. Napoléon.* — La loi chez nous n'a pas défini l'injure grave et les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation (1). L'injure ne se traduit pas seulement par des paroles ou des écrits outrageants, elle peut consister en une conduite infamante, l'habitude d'ivresse, par exemple, lorsqu'elle est de notoriété publique (2), le refus de consentir à la célébration religieuse du mariage (3).

(1) Cass., 11 décembre 1918, S. 1920, I, 355 et Cass., 5 juillet 1917, S. 1920, I, 18.

(2) Bordeaux, 31 mars 1914, *Gaz des Tribunaux*, 10 janvier 1915.

(3) Rouen, 29 avril 1910, D., 1912, 2. 5.

On a vu aussi que l'abandon du domicile conjugal qui n'est pas chez nous une cause péremptoire de divorce ou de séparation est généralement considérée comme une injure grave.

Il est nécessaire, en tous cas, que l'*animus iniuriandi* existe et des actes commis par un homme en état d'ivresse ou sous l'impulsion d'une volonté morbide ne sauraient constituer l'injure grave de la loi et motiver le divorce ou la séparation.

En Belgique, l'injure grave est comme chez nous une cause de divorce ou de séparation (Art. 231).

L'injure grave n'est pas une cause de divorce d'après le C. C. néerlandais, mais seulement de séparation de corps (Art. 288).

Elle est une cause de divorce suivant le C. C. roumain (Art. 212). Ici, comme pour les excès et sévices, le juge peut ne pas prononcer immédiatement la dissolution du mariage, mais autoriser la femme à quitter le domicile conjugal et ne prononcer le jugement définitif que si au bout d'une année d'épreuve les parties ne sont pas réunies.

On donne à l'expression « injure grave » du C. Italien (Art. 150) à peu près le sens qu'elle a chez nous. Les juges du fond apprécient souverainement et tiennent compte comme chez nous de la condition des conjoints, de leur état social, pour décider si les faits invoqués sont d'une gravité suffisante pour motiver la séparation de corps. M. Gaby (1) cite parmi les faits retenus par la

(1) G. Gaby, *op. cit.*, p. 159.

jurisprudence, le refus du mari de faire baptiser l'enfant commun malgré sa promesse, la tolérance par le mari d'une injure faite à sa femme, l'emploi de pratiques néo-malthusiennes.

Comme en droit français, on doit exiger une intention coupable. Pour que la séparation de corps puisse être prononcée à la charge d'un des conjoints, il doit exister chez le défendeur un état de responsabilité d'où découle la faute relative aux faits reprochés. Quand pour des causes pathologiques cet élément de responsabilité manque, la demande ne peut être accueillie (1). Voilà du moins la doctrine traditionnelle, celle que sanctionne la jurisprudence dominante. Cette doctrine a trouvé un audacieux critique en M. Albertario (Note sous App., Milan, G. I., 1910, 543). Pour lui il convient d'élargir la notion d'injure en abandonnant le principe de la faute et il se base pour justifier ce point de vue sur la lettre des art. 150, 151 et 152, lesquels énumèrent les causes qui peuvent donner lieu à la séparation sans faire aucune allusion à la faute, tandis que celle-ci est au contraire expressément rappelée dans l'art. 166 relatif aux effets de la séparation. Il s'ensuivrait que la séparation pourrait être prononcée pour toutes les causes énumérées par la loi, qu'il y ait ou non responsabilité, et que l'élément de la faute n'entrerait en ligne de compte que lorsqu'il s'agirait de régler les effets patrimoniaux de la séparation. Lorsqu'il y aurait eu faute, les art. 135, 136, 156, 757 et 812 du C. C. seraient appli-

(1) App., Milan, G. I., 1910, 543.

cables. Lorsque la faute n'existerait pas, la séparation serait prononcée en laissant sans changement les rapports patrimoniaux et les droits successoraux (1).

Cette opinion a été adoptée par quelques juges, entre autres par la Cour de Cassation de Naples pour laquelle le caractère volontaire de l'injure n'est pas un élément fondamental (2). Ces arrêts font de l'impossibilité de vie commune le fondement de la séparation; la tradition a au contraire toujours exigé que l'on pût imputer une faute au conjoint contre lequel la séparation est demandée.

On peut rapprocher de l'injure grave la cause de séparation indiquée à l'art. 152 du C. C. italien, le refus du mari sans juste motif de fixer une demeure ou de la fixer d'une façon appropriée à sa condition. A noter que si la résidence doit être appropriée à la condition, il n'est pas nécessaire que son importance soit proportionnée à la richesse du mari car la femme suit sa condition, mais non sa fortune.

Le C. espagnol (Art. 105), le C. argentin (Art. 224), le C. brésilien (Art. 317) retiennent les injures graves comme cause de séparation, le décret-loi portugais du 3 novembre 1910, la loi cubaine du 29 juillet 1918, le C. du Vénézuéla (Art. 189) en font une cause soit de divorce, soit de séparation de corps.

B. Autriche. Tchécoslovaquie. Suisse. — Dans le droit autrichien comme dans le nôtre l'injure peut consister en une 'conduite déshonorante, par exemple une vie

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*

(2) Cass., Naples, 30 avril 1910, G. I., 1910, 543.

désordonnée qui met en péril une partie importante de la fortune de l'époux ou qui viole les bonnes mœurs. Seulement elle ne sera jamais une cause de divorce ; on ne pourra demander que la séparation de corps. Au contraire la loi tchécoslovaque fait des injures graves et de la vie désordonnée une cause soit de séparation soit de divorce.

A côté des causes indéterminées de l'art. 142 (faits rendant la vie commune intolérable), le C. C. suisse autorise le divorce ou la séparation pour injures graves. Les injures graves seront ici des paroles grossières, des propos blessants (1).

V. — CONDAMNATION PÉNALE OU DÉLIT INFAMANT

Dans la plupart des législations certaines condamnations pénales encourues par un époux et certains délits de droit commun commis par lui sont une cause de divorce ou de séparation de corps en raison du déshonneur qui rejaillit sur l'autre conjoint. Les unes ne tiennent compte que du fait de la condamnation. Elles en font une cause absolue de divorce ou séparation ; la condamnation devra alors, comme chez nous, revêtir un caractère d'exceptionnelle gravité. Les autres ne font de la condamnation qu'une cause relative ; une plus grande latitude est alors laissée au juge qui aura à apprécier les circonstances dans lesquelles le délit a été commis et le sentiment que sa

(1) Rossel et Mentha, *op. cit.*

connaissance a provoqué chez le conjoint. Pour d'autres encore ce n'est pas l'existence d'une condamnation qui rendra possible le divorce ou la séparation, mais la conduite déshonorante ou le fait même du délit.

A. — Le premier groupe comprend la France, les Pays-Bas, la Roumanie, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, l'Autriche (pour le divorce), la Serbie, l'Esthonie, les Etats-Unis, le Roman Dutch Law.

En France, l'art. 232 du C. C. porte que la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera une cause de divorce. Nous savons qu'elle est également une cause de séparation.

Les art. 264 et 288 du C. C. néerlandais font une cause de divorce ou de séparation de corps de la condamnation, du chef d'infraction, à un emprisonnement de quatre ans ou plus.

Le C. C. roumain prévoit comme cause de divorce la condamnation aux travaux forcés ou à la réclusion (Art. 213).

Dans le C. C. Italien c'est la condamnation à une peine criminelle, c'est-à-dire aux travaux forcés, à l'interdiction perpétuelle des offices publics, à la réclusion ou à la prison pour une durée de cinq ans qui permet de faire prononcer la séparation de corps (Art. 151).

La condamnation aux chaînes ou à la réclusion perpétuelle est une cause de séparation de corps dans le C. C. espagnol (Art. 105).

Le décret-loi portugais du 3 novembre 1910 fait une cause de divorce ou de séparation de la condamnation

à l'une des peines majeures visées aux art. 55 et 57 C. P.

Le C. C. autrichien voit une cause absolue de divorce dans le délit qui a entraîné une condamnation à cinq ans de prison au moins (Art. 115).

Le C. C. serbe exige une condamnation à une peine de plus de dix ans de prison (Art. 94 modifié par la loi du 5 janvier 1862.)

La nouvelle loi esthonienne (Art. 29) permet de demander le divorce pour certaines condamnations à la maison de correction ou pour des peines de prison plus sévères.

Aux Etats-Unis la plupart des lois (1) mettent la condamnation pénale au nombre des causes de divorce ou de séparation de corps. Elles exigent bien comme nous et contrairement au système du troisième groupe une condamnation (*conviction*) et en général un délit d'un caractère infamant.

Le Roman Dutch Law en vigueur dans l'Union Sud Africaine et à Ceylan consacre la réclusion perpétuelle comme cause de divorce ou de séparation de corps.

B. — Le second groupe comprend l'Autriche (pour la séparation de corps seulement), la Hongrie, la Tchécoslovaquie et les pays scandinaves.

On sait qu'en Autriche les causes de séparation de corps sont laissées à l'appréciation du juge. Une condamnation pénale d'une gravité suffisante pourra fort bien motiver la séparation de corps.

(1) *Marriage and Divorce, Special Reports of the Census.*

Si la loi hongroise de 1894 consacre dans son art. 79 une cause absolue de divorce qui est la condamnation aux travaux forcés ou à la réclusion pour cinq ans au moins, elle laisse à l'appréciation du juge les condamnations d'une durée inférieure; celles-ci pour motiver le divorce ou la séparation doivent avoir été encourues pour un délit de cupidité et le sentiment qu'elles ont provoqué chez le conjoint doit avoir brisé le lien conjugal au point de rendre la continuation de la vie commune impossible.

D'après la loi tchécoslovaque, est une cause de divorce ou de séparation la condamnation à une peine d'emprisonnement d'au moins trois ans ou à une peine de moindre durée, lorsque les circonstances dans lesquelles le délit a été commis attestent une dépravation de caractère.

La loi suédoise du 11 juin 1920 autorise le divorce pour une condamnation à trois ans de travaux forcés ou à une peine plus sévère. Si l'un des conjoints est condamné aux travaux forcés pour une durée inférieure à trois ans, sans cependant être inférieure à six mois, s'il est condamné à l'emprisonnement ou au « *tvangsarbete* » (travail infligé à des vagabonds) pour une durée d'au moins un an, le juge appréciera s'il doit être fait droit à la demande en divorce du conjoint en considérant le degré de gravité du délit et les circonstances atténuantes qui peuvent exister. Il en sera de même si l'un des époux est condamné par un tribunal étranger à une peine privative de liberté d'au moins un an (Art. 11).

La loi norvégienne du 31 mai 1918 contient des dispositions similaires.

La loi danoise du 30 juin 1922 prévoit aussi qu'à la suite de certaines peines encourues par un des conjoints le divorce pourra être prononcé à la requête de l'autre.

C. — Le troisième groupe comprend l'Allemagne, la Suisse et la République Lettone.

En Allemagne la condamnation pénale n'est pas mentionnée expressément comme une cause de divorce ou de suppression de la communauté conjugale. Cette cause entre dans la « conduite déshonorante » citée par la loi à titre d'exemple des causes relatives de l'art. 1568 du C. C. (faits rendant la vie commune intolérable). Elle doit avoir suivant la teneur de cet article « provoqué un ébranlement si profond du rapport conjugal que le maintien du mariage ne peut plus être exigé de l'autre conjoint ». Le juge exerce un pouvoir souverain d'appréciation.

Le C. C. suisse n'envisage pas non plus la condamnation, mais le délit et l'atteinte à l'honneur. L'art. 139 porte que « chacun des époux peut demander le divorce (ou la séparation de corps) en tout temps lorsque son conjoint a commis un délit infamant ou mène une conduite si déshonorante que la vie commune est devenue insupportable au demandeur ». Ces faits ne sont pas devenus, comme dans la C. C. allemande, une cause relative de divorce. Il semble cependant qu'ils auraient pu prendre place parmi les causes indéterminées de l'art. 142 du C. C. suisse,

puisque l'appréciation du juge est nécessaire pour déterminer si un délit est infamant ou non et ce qui constitue une conduite déshonorante. Un délit infamant d'après l'opinion commune peut ne plus l'être à raison du mobile qui l'a fait commettre ; de même un délit qui n'est pas infamant à l'ordinaire peut le devenir s'il a été commis dans des circonstances particulièrement odieuses. MM. Rossel et Mentha citent comme exemple de la dernière espèce la mutilation d'un animal appartenant à un voisin.

VI. — NON-ACCOMPLISSEMENT DU DEVOIR D'ENTRETIEN DE LA FAMILLE

Dans de nombreux systèmes de droit la négligence du devoir d'entretien à l'égard du conjoint et des enfants fera obtenir le divorce ou la séparation parce que cette faute entrera dans les injures graves ou les faits rendant la vie commune intolérable. Quelques législations modernes cependant lui font une place à part et l'érigent en cause de divorce ou de séparation de corps indépendante. Ainsi la loi suédoise (Art. 2) en fait une cause de séparation de corps et la loi esthonienne (Art. 28) de divorce. Aux Etats-Unis la négligence du devoir d'entretien de la famille (*failure to provide*) est une cause de divorce dans bon nombre d'Etats principalement de l'Ouest (1). A Cuba nous trouvons parmi

(1) *Marriage and Divorce, Special Reports of the Census.*

les causes de divorce ou de séparation de corps le non-accomplissement volontaire et réitéré de la part du mari du devoir d'entretien du ménage et en Colombie parmi les causes de séparation de corps l'absolu abandon chez la femme de ses devoirs d'épouse et de mère et chez le mari de ses devoirs d'époux et de père. Enfin, dans certains états d'Australie (1) la négligence chez le mari du devoir de procurer des ressources à la famille et chez la femme du devoir d'entretenir le ménage sera une cause de divorce, si elle est accompagnée d'ivrognerie ayant duré un certain temps.

VII. — FAITS RENDANT LA VIE COMMUNE INTOLÉRABLE

L'originalité fondamentale des Codes allemand et suisse en matière de causes de divorce est d'avoir rejeté le mode d'appréciation abstrait que consacre le Code Napoléon, pour s'attacher davantage à un critérium subjectif en tenant compte pour chaque individu de son degré de sensibilité particulier. Pour motiver le divorce ou la séparation de corps, les faits invoqués doivent avoir causé une rupture du lien conjugal rendant la vie commune intolérable. Lorsqu'il s'agit de faits très graves tels que l'adultère, l'abandon, l'attentat à la vie, la loi presume la rupture. Dans d'autres circonstances cette rupture et l'impossibilité de vie commune qui en découle doivent être démontrées.

Des dispositions analogues faisaient, il est vrai, déjà

(1) *Victoria Marriage Act*. 1915, s. 122. *New Zealand, Divorce and Marriage Causes Act*. 1908, s. 21.

partie du vieux Roman-Dutch Law et de la loi hongroise de 1894. Mais on les trouve surtout dans les législations récentes, telles que les lois scandinaves, baltes et tchécoslovaques qui s'inspirent en grande partie du C. C. suisse, ainsi que dans la nouvelle loi hellène qui a pris pour modèle le C. C. allemand.

a) *Allemagne.* — L'Article 1568 qui vise dans le C. C. allemand les causes relatives de divorce exige toujours l'existence d'une faute. Le fait doit se présenter comme une violation grave des devoirs conjugaux ou une conduite déshonorante ou immorale — certains faits réuniront les deux caractères — et il doit avoir causé un ébranlement si profond du lien conjugal que le maintien du mariage ne puisse plus être exigé du demandeur.

De quels faits s'agira-t-il ? Sont exclus : l'adultère, l'abandon, et l'attentat à la vie qui sont, on le sait, des causes absolues de divorce pour lesquelles la rupture du lien conjugal n'a pas à être démontrée.

Si les sévices — nous l'avons vu — sont mentionnés par la loi à titre d'exemple, ce ne sont pas les seuls faits allégués comme une violation grave des devoirs conjugaux. On pourra invoquer toute espèce d'offense grave par parole ou par lettre, tous agissements destinés à porter un tort considérable à l'autre époux, la communication d'une maladie vénérienne, la négligence de la part du mari du devoir d'entretien de la famille et de la part de la femme des soins du ménage, etc. Comme exemples de conduite déshonorante ou immo-

rale on pourra citer non seulement le fait d'avoir commis un délit ou encouru une condamnation, mais la prodigalité du mari si elle met en péril la fortune de la femme et l'habitude de s'enivrer. Une difficulté particulière, que nous connaissons aussi dans le droit français, se présente pour l'alcoolisme. Le droit allemand comme le nôtre exige toujours la faute d'un des époux. L'abus de la boisson ne sera par conséquent plus une cause de divorce dès l'instant où l'on se trouvera en face d'un cas pathologique excluant la responsabilité (1). Pour la même raison l'abus des stupéfiants ne pourra pas en général être invoqué comme cause de divorce.

Le fait doit en outre avoir causé un ébranlement si profond du lien conjugal que le maintien du mariage ne puisse plus être exigé du demandeur. Il y a là deux questions à distinguer : la première, celle de l'ébranlement du lien conjugal (*Zerrüttung*) doit être examinée subjectivement ; la seconde qui consiste à savoir si le maintien du mariage ne peut plus être exigé du demandeur (*Zumutbarkeit*) doit être résolue à l'aide d'un critérium objectif. Le juge aura à se demander si malgré l'offense on ne devra pas exiger du demandeur la continuation du mariage parce que sa dissolution dans le cas particulier ne serait pas conforme à l'essence du mariage, serait en contradiction avec la haute idée morale que le mariage évoque (2). On aura un exemple de cette situation en cas de faute réciproque des époux.

(1) R. G., 19 décembre 1907, 171-07.

(2) *Tunica-Goldschmidt*, Sammlung, p. 12.

La faute commise par le défendeur pourra, eu égard à la conduite coupable du demandeur, ne pas paraître si grave que le maintien du mariage ne puisse pas être exigé du dernier. Bien plus, il pourra être du devoir du demandeur de ne pas tenir rigueur à son conjoint de ses torts, d'effacer par sa conduite amendée ses propres fautes et de faire ainsi renaître un état de choses tolérable entre les époux (1). Ces décisions rappellent la dangereuse théorie de la compensation que le Code a condamnée, on le sait, en la passant sous silence. Les anciennes décisions du R. G. l'avaient vu et elles avaient soin d'exiger toujours une liaison de cause à effet entre la faute du demandeur et celle du défendeur. Alors seulement il était juste de dire : « La conduite du défendeur dont vous êtes vous-même cause ne peut pas avoir provoqué chez vous un ébranlement si profond du lien conjugal que la dissolution du mariage ne puisse vous être raisonnablement refusée. » Il y avait là une idée voisine de celle que les Anglais aperçoivent dans la fin de non-recevoir qu'ils appellent « *conduct conducing to adultery* », avec cette différence que la fin de non-recevoir anglaise est spéciale à l'adultère tandis que l'idée allemande de la « *Zumutbarkeit* » ne joue que pour les causes relatives de l'article 1568. Cette condition de causalité si claire dans les premières décisions du R. G. (2) semble avoir été peu à peu abandonnée. Il sera encore très utile, pour faire rejeter une demande en divorce, de montrer

(1) R. G., II, 4 mai 1905, IV, 601-04.

(2) *Tunica-Goldschmidt*, Sammlung, p. 8.

la liaison de cause à effet, mais cela ne sera plus indispensable (1). Le juge paraît devoir apprécier librement la conduite réciproque des parties et par cette fissure la compensation du droit protestant s'est glissée dans le droit allemand moderne.

S'agissant des causes relatives de l'art. 1568, le tribunal peut, s'il lui apparaît que tout espoir de réconciliation n'est pas perdu, imposer aux époux un délai d'attente qui ne dépassera pas deux ans (Art. 620, Z.P.O.).

b) *Hongrie*. — La loi hongroise de 1894 connaît aussi des causes relatives de divorce ou de séparation qui ne seront retenues par le juge que si la vie commune est devenue intolérable (Art. 80). Ces sont les manquements graves et intentionnels — on voit que le principe de la faute est sauvegardée — aux obligations résultant du mariage, hors les cas prévus aux art. 76 et 78 (adultère et sévices); c'est la tentative d'entraîner des enfants appartenant à la famille du conjoint à commettre un acte punissable ou à mener une vie dissolue, c'est le fait de vivre d'une façon immorale.

c) *Union Sud-Africaine et Ceylan*. — Le Roman-Dutch law en vigueur dans l'Union Sud-Africaine et à Ceylan permet de demander la séparation de corps, mais non le divorce pour tous les faits coupables qui rendent la vie commune intolérable (*ondragelijk*). Ces faits d'après la jurisprudence sont nombreux. Citons à titre d'exemple

(1) R. G., 21 septembre 1922. J. W., 1923, p. 372-8.

la prodigalité, le vice du jeu, l'humeur acariâtre (1). La jurisprudence a même perdu de vue, tant est grande l'importance donnée au côté subjectif de l'offense et à la notion de l'impossibilité de vie commune, qu'un fait pour être injurieux à l'égard de l'autre conjoint doit avoir eu lieu postérieurement au mariage. Ainsi la Cour Suprême dans l'arrêt Théron (2) a jugé que la conduite dissolue du mari ou de la femme antérieurement au mariage pouvait rendre la vie commune intolérable et constituer une cause suffisante de séparation de corps.

d) *Grèce*. — L'art. 5 de la nouvelle loi hellène qui suit presque mot à mot l'art. 1568 du C. C. allemand admet une cause générale de divorce chaque fois que par la faute d'un des époux la vie commune est devenue intolérable.

e) *Suisse*. — Dans le droit suisse la faute n'est pas un élément indispensable de la cause et le juge n'est pas obligé de rechercher si l'un des époux ou tous les deux sont coupables. L'art. 139 permet de demander le divorce ou la séparation pour « une conduite si déshonorante que la vie commune est devenue insupportable au demandeur ». La jurisprudence verra une conduite déshonorante dans l'usage de stupéfiants, l'habitude du jeu, la prodigalité (3). L'art. 142 porte que « chacun

(1) Van Zyl., *The Judicial Practice of South Africa*.

(2) Théron c/id., S. A. L. R., 1924, 244.

(3) Rossel et Mentha, *op. cit.*

des époux peut demander le divorce (ou la séparation) lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable. Si la désunion est surtout imputable à l'un des conjoints, l'action ne peut être intentée que par l'autre ». La désunion ne doit donc pas être imputable surtout au demandeur, mais il n'est pas nécessaire que celui-ci soit sans reproche ; la loi envisage le cas où l'époux demandeur est le plus coupable et lui refuse alors le remède qu'il sollicite pour le réserver à l'autre conjoint. Si les torts sont sensiblement équivalents le jugement sera prononcé sans que le tribunal ait à désigner une partie coupable et une partie innocente. On voit que toute pensée de compensation est écartée.

La faute n'est pas en effet, suivant le droit suisse, un élément indispensable dans le cas présent, contrairement à ce que l'on a vu pour le droit allemand. Un événement indépendant de la volonté de l'époux, telle qu'une grave maladie, pourrait, si la preuve de l'atteinte profonde du lien conjugal rendant la vie commune intolérable était rapportée, constituer une cause de divorce ou de séparation. Les tribunaux suisses, heureusement, n'acceptent pas facilement cette preuve. Assez récemment le Tribunal Fédéral a eu à se prononcer sur le cas d'une femme qui, à la suite de la maladie du sommeil, souffrait de troubles graves de la moelle épinière. Le mari invoquait l'atteinte profonde au lien conjugal. L'Oberlandgericht du canton de Zürich avait jugé que la maladie avait détruit l'essence du lien conjugal, que la continuation du mariage

ne pouvait pas être exigée du mari et qu'il y avait lieu de faire droit à sa demande. Le Tribunal Fédéral reforma le jugement (1).

f) *Suède, Norvège, Danemark.* — En Suède, en Norvège et au Danemark un jugement de séparation de corps peut être obtenu lorsque la vie commune est devenue impossible à la suite de graves dissentiments entre les époux, d'incompatibilité d'humeur ou d'opinions, à moins qu'à raison de la conduite du demandeur ou d'autres circonstances particulières celui-ci puisse être légitimement contraint à continuer la vie commune. La réserve doit être interprétée comme l'al. 2 de l'art. 142 du C. C. suisse qui lui a servi de modèle.

g) *Lettonie.* — La nouvelle loi lettone (Art. 49) permet de demander le divorce lorsque le lien conjugal est ébranlé au point de rendre impossible la continuation de la vie en commun. Il est spécifié qu'une faute de l'époux n'est pas nécessaire. Une disposition se rapprochant de celle de l'al. 2 de l'art. 142 du C. C. suisse ne permet pas à l'époux seul responsable de la rupture de demander le divorce ; lorsque les deux époux portent le poids de la faute ou quand ni l'un ni l'autre n'est coupable, chacun peut introduire la demande.

h) *Tchécoslovaquie.* — L'atteinte grave à la vie conjugale rendant la vie commune intolérable est une cause

(1) T. F., 15 juillet 1924. Arrêts 1924, II^e partie, p. 427.

de divorce ou de séparation de corps d'après la loi tchécoslovaque. Même réserve quant au droit d'introduire l'action que celle contenue dans l'al. 2 de l'art. 142 du C. C. suisse.

VIII. — ALIÉNATION MENTALE.

L'aliénation mentale est une cause, soit de divorce, soit de séparation, soit de l'un et de l'autre dans les pays suivants : Allemagne, Suisse, Norvège, Suède, Danemark, Esthonie, Lettonie, Tchécoslovaquie, Bulgarie, Grèce, Portugal, Mexique, certains Etats de l'Amérique du Nord, Nouvelle-Zélande, Etats de Victoria et d'Australie Occidentale.

a) *Allemagne.* — D'après le C. C. allemand (1), elle autorise soit le divorce, soit la suppression de la communauté conjugale. « Un des époux, dit l'art. 1569 du C. C. allemand, peut demander le divorce lorsque son conjoint est frappé d'une maladie mentale, que cette maladie a duré depuis trois années au moins après le mariage et qu'elle a atteint un tel degré de gravité que toute communion intellectuelle est supprimée entre les époux et que tout espoir de la voir se rétablir est perdu. » Le point de départ du délai de trois ans doit être constaté par jugement et il y a lieu à expertise médicale. Si des intervalles lucides se produisent avant que les trois années ne soient écoulées, le délai repart

(1) Cf. pour l'admission de cette cause dans le C. C. allemand le chapitre d'introduction.

de la date à laquelle la rechute intervient. Maintenant en quoi consiste au juste la suppression de toute communion intellectuelle ? Comme le R. G. a eu plusieurs fois l'occasion de le dire, il ne faut pas voir là l'équivalent de la simple incapacité de vie commune. Il se présentera des cas où la vie commune sera rendue intolérable à l'époux sain d'esprit par suite de l'état pathologique de son conjoint et où une séparation temporaire sera même nécessaire, mais cette situation si pénible qu'elle puisse être pour l'époux sain d'esprit n'autorisera pas le juge à procéder à la dissolution du mariage. Par suppression de toute communion intellectuelle il faut entendre « qu'un époux est incapable de comprendre, de participer normalement à ce qui remplit la vie conjugale et à cet égard d'accomplir les actes qui sont la manifestation d'une pensée et d'une sensibilité communes » (1). La jurisprudence du R. G. est formelle et la pensée des auteurs du Code ressort non moins clairement des travaux préparatoires auxquels ils se livrèrent. Lorsque cette cause de divorce fut introduite par la deuxième Commission dans son projet, ce ne fut en effet qu'à la suite d'un long débat où la question fut agitée dans les deux sens. Les avis étaient partagés parmi les partisans du divorce pour aliénation mentale : les uns voulaient qu'on l'autorisât lorsque la vie commune était devenue intolérable, les autres ne voulaient le permettre que lorsque l'aliénation mentale aurait atteint un tel

(1) R. G., 7 oct. 1920, VI, 283-20.

degré de gravité que toute communion intellectuelle serait supprimée. La seconde opinion l'emporta et il fut décidé que l'incapacité de continuer la vie conjugale due à l'aliénation mentale d'un des conjoints ne serait pas par elle-même une cause suffisante, car pareille interprétation eût conduit logiquement à autoriser le divorce pour d'autres maladies et à abandonner complètement le *Verschuldungsprinzip*. Il fallait bien plutôt par analogie avec la mort physique n'autoriser la dissolution du mariage qu'en cas de mort intellectuelle. La loi n'a pas été aussi loin. Si elle n'exige pas l'oblitération complète des facultés intellectuelles, du moins veut-elle quelque chose de plus grave que la simple incapacité de vivre ensemble (1).

Il paraît bien aussi que la conduite du demandeur doit être prise en considération. Le R. G. a réformé un jugement qui accordait le divorce pour cause d'aliénation mentale alors que celle-ci avait pour origine l'état de surexcitation nerveuse causée par la jalousie de l'épouse à l'égard de son mari infidèle. Il est vrai que l'arrêt se justifie pas d'autres motifs, en particulier, par le fait qu'un espoir d'amélioration n'était pas exclu. Il ajoute néanmoins en propres termes : « Il semble bien que le droit au divorce suivant l'art. 1569 doive être refusé au demandeur du fait que sa conduite est la cause de l'état de la défenderesse. Et même l'art. 1569 qui fait de l'aliénation mentale une cause absolue de divorce n'autoriserait-il pas cette interprétation... il

(1) R. G., 7 janvier 1920, V, 362-19.

faudrait examiner s'il n'y aurait pas lieu en l'espèce d'opposer au demandeur l'exception, reconnue dans tous les domaines du droit, de la mauvaise foi. » L'arrêt dit encore: « Avant tout il convient d'enjoindre au demandeur, en partant du point de vue moral qui est de l'essence du mariage et avant de pouvoir donner suite à sa demande en divorce fondée sur l'art. 1569, de faire tout son possible pour rétablir avec la défenderesse, profondément blessée par son infidélité, des relations conjugales supportables. C'est seulement lorsque ces tentatives auront échoué qu'on pourra décider si réellement toute perspective de rétablissement d'une communion intellectuelle est exclue (1) ».

b) *Suisse*. — Cette cause de divorce existait déjà dans la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874. Elle a pris place dans le C. C. suisse dont l'art. 141 porte que « chacun des époux peut demander le divorce en tout temps pour cause de maladie mentale de son conjoint, si cet état rend la vie commune insupportable au demandeur et si après une durée de trois ans la maladie a été déclarée incurable à dire d'experts ». L'expression « en tout temps » signifie que l'action ne se prescrit pas tant que dure l'état de fait qui constitue la cause du divorce (2). On remarquera que les termes employés ne sont pas ceux du C. C. allemand et qu'ici le critérium est justement l'impossibilité de vie

(1) R. G., 7 octobre 1920, II, 283-20.

(2) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 204.

commune et non la condition plus difficile de la suppression de toute communion intellectuelle entre les époux.

La séparation de corps peut également être demandée de ce chef.

c) *Norvège, Suède.* — En Norvège, la loi du 31 mai 1918 permet à chacun des époux de demander que le divorce soit prononcé par décret royal quand deux médecins aliénistes officiellement commis déclarent que l'autre conjoint est depuis trois ans au moins atteint d'aliénation mentale et qu'il n'y a aucun espoir de guérison. L'aliénation mentale reconnue incurable et qui dure depuis trois ans sans intervalle lucide est également une cause de divorce d'après la loi suédoise du 11 juin 1920.

d) *Danemark.* — Les maladies mentales donnent lieu au divorce d'après la loi danoise du 30 juin 1922, la loi esthonienne du 27 octobre 1922 et la loi lettone du 18 février 1921.

La loi tchécoslovaque du 22 mai 1919 autorise le divorce ou la séparation de corps pour « maladie mentale durable ou périodique ayant duré depuis trois ans ». Les possibilités de guérison n'ont pas à être prises en considération. Les intervalles de lucidité n'interrompent pas le cours du délai. La loi laisse dans le doute le point de savoir si le délai de trois ans doit courir depuis le mariage (1).

(4) Tranché par l'affirmative dans le C. C. allemand.

e) *Bulgarie*. — En Bulgarie, la loi du 21 mars 1917. déclare que lorsque l'un des époux est atteint postérieurement au mariage de démence, l'autre est autorisé à demander le divorce en faisant la preuve que tous les moyens de guérison ont été tentés sans succès.

f) *Grèce*. — La nouvelle loi hellène sur le divorce introduit l'aliénation mentale parmi les causes de divorce à condition qu'elle ait duré trois ans au moins, que toute relation intellectuelle entre les époux soit supprimée et qu'il n'y ait aucun espoir de guérison.

g) *Mexique*. — Le C. C. mexicain de 1919 compte l'aliénation mentale reconnue incurable parmi les causes de divorce.

h) *Portugal*. — Dans le Portugal, le décret-loi du 3 novembre 1910 nomme parmi les causes de divorce la folie incurable lorsqu'il s'est écoulé au moins trois ans depuis sa constatation par jugement passé en force de chose jugée.

i) *Etats-Unis*. — Dans l'Amérique du Nord, les Etats d'Arkansas, de Floride, d'Idaho, d'Utah, de Washington et le territoire Indien, avaient de bonne heure admis l'aliénation mentale comme cause de divorce. Cette cause a été abrogée dans les Etats d'Arkansas (1), et de Floride (2). Elle subsiste dans l'Etat d'Idaho où la

(1) *Stat. of March* 28 th. 1895.

(2) *Stat. of May* 4 th. 1905.

loi (1) prévoit que le conjoint atteint d'aliénation mentale doit avoir été régulièrement interné dans un établissement d'aliénés pendant les six dernières années précédant l'introduction de la demande, la démence devant en outre apparaître incurable au tribunal ; dans l'Etat d'Utah où la même disposition se trouve dans les lois (2) sauf que le délai est de cinq années au lieu de six. Dans l'Etat de Washington, la démence doit durer depuis au moins dix années. Dans le Territoire Indien la loi semble seulement exiger que l'état de démence soit durable, sans fixer de délai, et sans espoir de guérison, et cette cause pourra également motiver la séparation de corps.

Dans la Nouvelle-Zélande, le *Divorce and Matrimonial Causes Act* de 1908 (3), prévoit dans sa section 21 l'aliénation mentale comme cause de divorce, mais non de séparation de corps. L'act de 1912 réduit à sept années la durée de l'internement exigée.

Dans l'Etat de Victoria, le *Divorce (Insanity) Act* de 1919 (4) permettra de demander soit le divorce soit la séparation de corps lorsque la personne atteinte d'aliénation mentale a été internée pour une période ou des périodes de temps qui ne devront pas être inférieures au total à cinq années, qui devront être comprises dans la période de six années précédant l'introduction de la

(1) *Stat. of February 4 th. 1895.*

(2) *Stat. of March 9 th. 1903.*

(3) N° 50 (Principal Act) *New Zealand Consolidated Statutes*, Appendix D, vol. II.

(4) N° 3049, *Acts of Parliament of Victoria*, 1920.

demande et à condition que la guérison soit improbable. Une disposition semblable est contenue dans la législation de l'Australie Occidentale (1).

Dans deux états de l'Amérique du Sud, le Vénézuéla (2) et la Colombie (3), le juge peut, en cas de démence, sans accorder de véritable séparation de corps, suspendre l'obligation de cohabiter, les autres obligations dérivant du mariage subsistant.

IX. — AUTRES MALADIES

Une vieille législation, celle de l'Autriche, et presque toutes les législations récentes, celle de la Tchécoslovaquie, de la République Lettone, des Pays Scandinaves, du Portugal, de Cuba et du Mexique, rejetant la théorie pénale, autorisent chacun des conjoints à demander le divorce ou la séparation en raison de certaines maladies contractées par l'autre conjoint même sans faute de sa part, maladies incurables ou seulement très graves, ou maladies qu'accompagne un danger de contagion.

D'après le C. C. autrichien la séparation de corps peut être prononcée lorsque le conjoint défendeur est atteint d'une maladie contagieuse incurable (*anhaltende mit Gefahr der Ansteckung verbundene Leibesgebrechen*).

(1) *Divorce Amendment, Act*, n° 7, de 1912.

(2) C. C., art. 155.

(3) C. C., art. 206.

La loi tchécoslovaque accorde le divorce ou la séparation de corps pour hystérie, si l'état dure depuis deux ans, et pour épilepsie, si l'état durant depuis un an il s'est produit au moins six attaques dans l'année ou bien si le mal est aggravé de dérangement mental.

La loi lettonne (Art. 45) mentionne comme cause de divorce les maladies contagieuses difficilement guérissables, et la loi esthonienne (Art. 26) l'épilepsie, les maladies sexuelles contagieuses, la lèpre ou toute autre maladie d'aspect extérieur repoussant.

Les maladies sexuelles dans la période contagieuse sont une cause de divorce d'après les lois suédoise, norvégienne et danoise, si l'époux atteint expose son conjoint au danger d'être contaminé.

La nouvelle loi hellène fait de la lèpre une cause de divorce.

D'après le décret-loi portugais, une maladie contagieuse reconnue incurable ou une maladie incurable d'origine sexuelle sont des causes de divorce ou de séparation.

La loi cubaine mentionne la maladie contagieuse d'origine sexuelle contractée en dehors du mariage.

Le Code mexicain fait une cause de divorce de la syphilis et de la tuberculose.

X. — ABUS DE BOISSONS ALCOOLIQUES ET DE STUPÉFIANTS

L'abus de boissons alcooliques et de stupéfiants est une cause de séparation de corps d'après les lois nor-

végienne et danoise, de divorce ou séparation de corps d'après la loi suédoise (Art. 2 et 10) et la loi tchécoslovaque, de divorce d'après la loi esthonienne.

Aux Etats-Unis l'ivrognerie habituelle est une cause soit de divorce, soit de séparation, dans un grand nombre d'Etats (1). L'usage de stupéfiants est une cause de divorce dans les Etats de Maine, Massachusets Mississippi et de séparation dans quelques autres Etats.

Le divorce ou la séparation peuvent être obtenus à Cuba, le divorce au Mexique (C. C., art. 75) et la séparation en Colombie (C., C. art. 154) pour ivrognerie habituelle.

Nous avons vu que dans certains Etats d'Australie l'ivrognerie qui dure depuis un temps déterminé et qui est accompagnée de la part du mari soit d'actes de brutalité soit de négligence dans son devoir d'entretien de la famille, de la part de la femme de négligence dans les soins du ménage, constitue une cause de divorce. Dans la Nouvelle-Zélande l'habitude d'intempérance doit s'être manifestée pendant quatre ans, dans l'Etat de Victoria pendant trois ans. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que ces années se placent pendant la période précédant immédiatement la demande ; il suffit que la conduite reprehensible ait eu lieu pendant la durée légale à une époque quelconque du mariage (2).

(1) *Marriage and Divorce*, Census Reports.

(2) Hodgkinson c/id., 18 V. L. R., 394.

XI. — IMPUISSANCE

D'après la loi lettone (Art. 47) un époux a le droit de demander le divorce :

a) lorsque son conjoint se dérobe au devoir de la conception.

b) lorsqu'il est physiquement incapable de remplir le devoir conjugal, sans que cette incapacité puisse être attribuée à l'âge.

Il en résulte que la stérilité de la femme peut être une cause de divorce.

La loi esthonienne contient les mêmes dispositions Art. (25) ainsi que l'art. 76 du C. C. mexicain.

La nouvelle loi hellène fait de l'impuissance une cause de divorce si, inconnue du demandeur, elle existait avant le mariage, si elle a duré trois ans et continue à exister au moment de l'action.

Aux Etats-Unis de nombreux Etats voient une cause de divorce dans l'impuissance antérieure au mariage (1).

XII. — CONSENTEMENT MUTUEL.

VALIDITÉ DES CONVENTIONS DE SÉPARATION

Plusieurs législations telles que la française, l'allemande et l'anglaise, imbues dans la matière qui nous

(1) *Marriage and Divorce, Special Reports of the Census.*

occupe de la théorie pénale, rejettent toute cause de divorce ou de séparation judiciaire qui ne prend pas naissance dans la faute d'un des époux et elles ne permettent pas de rompre le lien du mariage par consentement mutuel. Le droit français est sur ce point le plus rigide. Alors que le droit allemand admet la validité de certaines renonciations au droit de demander le divorce et que le droit anglais reconnaît pleinement les séparations conventionnelles, le droit français ne laisse aucune place à l'autonomie de la volonté. Non seulement le divorce et la séparation ne peuvent être prononcés que pour les causes énumérées par la loi, parmi lesquelles n'apparaît pas le consentement mutuel des parties, mais seule l'autorité judiciaire peut valablement relâcher le lien du mariage ; toute convention conclue entre les parties en vue d'assurer leur séparation en dehors de la séparation légale prononcée par les tribunaux est nulle et il est pareillement impossible de renoncer au droit de saisir les tribunaux d'une demande en séparation ou en divorce.

Le divorce par consentement mutuel existe dans les C. C. belge et roumain, mais son application est entourée de telles difficultés, qu'il ne peut guère être considéré comme une institution vivante.

C'est dans un tout autre esprit que sont organisés la séparation de corps par consentement mutuel du droit néerlandais et du droit autrichien, le divorce pour « aversion insurmontable » du droit autrichien et la séparation de corps par consentement mutuel des

droits italien et récemment tchécoslovaque qui l'ont l'un et l'autre empruntée au droit autrichien. Il faut voir ici un héritage du XVIII^e siècle et du droit romain dont le C. C. autrichien a fortement subi l'empreinte et une conséquence de la théorie du mariage-contrat. Cette séparation qui nécessite toujours, dans une mesure plus ou moins sévère, l'intervention du juge est également très éloignée par la forme et par l'esprit des séparations contractuelles de la pratique anglo-américaine.

Un groupe de pays à législations extrémistes font une place plus large encore au consentement mutuel. Les uns n'autorisent pas aussitôt le divorce mais l'accordent au bout d'un certain temps de séparation légale ou de fait (la séparation n'est ici qu'une étape facile vers le divorce). Les autres législations, plus radicales, encore, autorisent le divorce immédiatement.

La question de la légalité des conventions de séparation s'est plusieurs fois présentée chez nous en jurisprudence et elle a toujours reçu la même solution (1). Prenons une des espèces les plus récentes. Les faits étaient les suivants : les époux avaient passé une convention d'après laquelle, à partir du jour de l'acte, la séparation de corps existerait entre eux avec tous les effets d'une séparation judiciaire. Des donations de survie avaient été faites pour assurer l'exécution du pacte. Lors-

(1) Paris, 11 mai 1874, S., 74, 2, 169. Alger, 24 février 1897, S., 98, 2, 163. Pau, 20 juin 1894, S., 94, 2, 232. Cass., 14 juin 1882, D., 83, 1, 248.

que le mari mourut, ses héritiers soutinrent la nullité des donations pour cause illicite. Cette prétention, repoussée d'abord parce que la preuve de la cause illicite n'était pas dans l'acte notarié, fut ensuite admise par la Cour de Cassation qui donna ainsi gain de cause aux héritiers (1).

La question est donc ainsi résolue chez nous.

En Allemagne le R.G. (2) a jugé que l'obligation de vie commune résultant de l'art. 1353 ne pouvait être ni supprimée ni restreinte par des conventions particulières. Un accord étant intervenu entre les parties suivant lequel le mari s'engageait à verser à sa femme pour la durée de l'existence de celle-ci une rente annuelle qui aux termes de l'accord était due que les époux vécussent ensemble ou séparés, une séparation eut lieu et la femme demanda l'exécution de la convention. Sa demande fut rejetée en appel comme en cassation. La convention était nulle d'après les art. 134 à 138 du C.C. allemand en tant qu'elle tendait à permettre à la demanderesse de faire cesser la vie commune sans qu'elle pût invoquer à cet effet un motif légal justificatif. Elle était nulle aussi en tant qu'elle réglait l'obligation d'entretien pendant la vie commune contrairement aux dispositions de l'art. 1360 d'après lequel « l'entretien doit être fourni de la façon que commande la communauté de vie conjugale ».

Mais, si d'après le R. G., la convention par laquelle les

(1) Cass., 2 janvier 1907, S., 1911, 1, 585 et note Wahl.

(2) R. G., 29 mai 1905, IV, 26/05.

époux voudraient supprimer la communauté conjugale et régler selon leur volonté personnelle l'obligation d'entretien est considérée comme contraire à l'ordre public, il n'en est pas de même d'une convention qui contient une renonciation à se prévaloir de certains faits pour appuyer une demande en divorce. Le R. G. (1) a eu à se prononcer sur le cas suivant : les époux étaient convenus suivant acte en date du 22 août 1910 de remplacer le régime de communauté sous lequel ils étaient mariés par la séparation de biens, de supprimer la communauté conjugale et de renoncer de part et d'autre à invoquer comme causes de divorce les faits intervenus avant l'acte. Par la suite un des époux demanda le divorce et alléguait des faits intervenus antérieurement au 22 août 1910. Sa demande fut rejetée. L'époux avait pu valablement renoncer à invoquer ces faits. Qu'aucune véritable réconciliation ne fût intervenue entre les époux à la date de la convention ne constituait pas un obstacle à la validité de la renonciation. De même, sa validité ne devait pas être combattue par un argument tiré de l'ordre public, pareille renonciation n'était nullement contraire à l'essence du mariage puisqu'elle avait précisément pour but son maintien.

Si le droit anglais rejette le consentement mutuel comme cause de divorce, il ne considère pas comme contraire à l'ordre public (2) la convention par la-

(1) R. G., 5 novembre 1917, IV, 272/17, D. J. Z., 1918, p. 321.

(2) Pareil accord n'est illicite que s'il intervient avant le mariage en vue d'une séparation future. Brodie c/id, 1917, p. 271.

quelle deux époux expriment leur volonté de vivre séparés. Ces conventions contiennent le plus souvent une clause par laquelle le mari s'engage à servir une pension à sa femme, clause dont la contre-partie est l'engagement que prend la femme de ne pas faire valoir devant les tribunaux les droits qu'elle a pu acquérir à la suite de griefs antérieurs à la convention. Il y a en quelque sorte effacement du passé. La convention qui, par contre, autoriserait pour l'avenir une conduite répréhensible, par exemple l'adultère, serait nulle comme contraire aux bonnes mœurs.

Mais jusqu'à quel point et malgré la précision des termes employés par les parties, les tribunaux verront-ils dans ces conventions une fin de non-recevoir à une action en séparation de corps ou en restitution de droits conjugaux basée sur l'abandon ? En ce qui concerne l'action en séparation de corps, il ne semble pas qu'une convention puisse faire obstacle à la demande, car la séparation judiciaire sans rompre le lien du mariage peut donner plus de droits que la séparation conventionnelle (1). La question est différente pour la restitution des droits conjugaux. La jurisprudence sur la matière est volumineuse et la découverte d'un principe dominant malaisé. Il semble toutefois que la clef de voûte du système soit la distinction faite par les

Un acte sous sceau (deed) constatant la réconciliation des époux et contenant des clauses prévoyant le cas d'une séparation future n'est pas illicite. *Meyrick's settlement*. *Mews Digest*, 1921, p. 123 ; *Purser c/id Mews Digest*, 1911-1015, p. 662.

(1) *Kunski c/id.*, 1907, T. L. R., 615.

juges entre l'abandon véritable, autrement dit l'abandon sans motif légitime et celui qui n'est abandon qu'en apparence, l'abandon que les arrêts qualifient d'« artificiel ». Dans le premier cas, la restitution des droits conjugaux est toujours accordée et elle sera souvent le préliminaire du divorce. Le fait curieux est que les juges puissent jamais voir abandon véritable dans des espèces de ce genre, puisque précisément l'existence de la convention de séparation devrait justifier la suppression de la communauté de vie des époux. Cependant dans trois jugements (1) au moins, la Cour admit qu'il y avait véritable abandon autorisant à prononcer la restitution, du fait que le mari en cessant les paiements stipulés avait traité la convention comme inexistante. Il était en outre parti avec une autre femme, marquant par là clairement son intention d'abandonner la sienne. On notera l'insistance avec laquelle le juge Horridge dans l'affaire Smith, une des trois, exigera que l'abandon soit réel et ajoutera : « Il ne faut pas croire que je verrai l'abandon dans tous les cas où l'on cessera les paiements. »

Dans le cas d'abandon artificiel, nous voyons en général la restitution des droits conjugaux refusée. Un jugement très circonstancié rendu par Lord Birkenhead dans l'affaire Walter (2) nous éclaire sur les motifs qui guidèrent la Cour dans sa décision : la convention dont il s'agissait ne contenait pas la clause habituelle refu-

(1) Smith *c/ id.*, 1915-16, T. L. R., 1167; Looker *c/ id.*, 1918, P. 132; Walsh *c/ id.*, 1920, T. L. R., 463.

(2) Walter *c/ id.*, 1921, T. L. R., 575.

sant l'exercice de l'action en restitution de droits conjugaux, et la demanderesse se prévalant de cette omission plaida qu'elle était en droit de mettre fin à la séparation et se fonda sur l'abandon de son mari pour demander la restitution. Lord Birkenhead se considéra comme lié par le jugement rendu dans l'affaire Russel⁽¹⁾. Dans ce jugement, Lopes L.J. disait : « ... Il nous apparaît que depuis l'Act. de 1884 la Cour doit avoir le pouvoir de refuser un jugement de restitution chaque fois que le jugement aurait pour résultat d'obliger la Cour à considérer un des conjoints comme abandonnant l'autre sans motif légitime, contrairement aux faits de la cause. » Or il n'y avait pas eu de la part de Walter abandon sans motif légitime : il avait exécuté la convention. M^{me} Walter fut déboutée de sa demande. De même dans l'affaire Welch⁽²⁾, le mari avait exécuté la convention et payé régulièrement la pension stipulée au profit de la femme. La convention contenait la clause qu'aucune des parties ne devait inquiéter l'autre ni introduire d'action en justice en vue d'obtenir le divorce, la séparation judiciaire ou la restitution des droits conjugaux. La femme inquiéta à plusieurs reprises le mari qui cessa les paiements. Il convint ensuite de les continuer. La Cour d'Appel arrêta la procédure entamée par la femme pour la restitution comme frivole et vexatoire, « and an abuse of the process of Court ».

(1) Russel c/id., 1895, p. 315. Cf. analyse p. 61.

(2) Welch c/id., 1916, T. L. R. 1.

On pourrait croire que ces principes n'ont pas été suivis dans une affaire plus récente, l'affaire Palmer (1) où Sir Henry Duke semble n'accorder aux conventions de séparation qu'une vertu moindre. En réalité la contradiction n'est qu'apparente. La décision de la Cour semble avoir été dictée par un examen plus approfondi peut-être, au point de vue subjectif, de la notion de l'abandon qu'on ne l'avait tenté jusqu'alors). La Cour n'a pas voulu qu'on rangeât sans discussion dans la catégorie de l'abandon « artificiel » tous les cas où, malgré l'exécution loyale de la convention par l'un des époux, l'autre époux demande la restitution des droits conjugaux. Elle a mis en relief l'importance de la bonne foi chez le demandeur qui enlèverait à l'abandon son caractère artificiel. Une analyse de l'espèce fera mieux comprendre le point de vue. Les époux avaient conclu une convention suivant laquelle le mari s'engageait à verser une pension à sa femme et aucun des conjoints ne devait inquiéter l'autre par une action en justice ou toute autre démarche vexatoire. Deux ans plus tard la femme désirant sincèrement le retour de son mari lui demanda de reprendre la vie commune et sur son refus entama une action en restitution des droits conjugaux. En première instance le juge (Horridge J.) avait rejeté la demande : « En droit, dit le jugement, lorsqu'une convention de séparation a été conclue, les parties ne peuvent pas ensuite invoquer ce qu'on appelle l'« abandon artificiel ». Je n'accor-

(1) Palmer *c/id.*, C. A., 1923, P. 180. Dans le même sens Williams *c/id.*, 37, T. L. R., 131; Mann *c/id.*, 1921, P. 192.

derai pas de jugement à moins qu'on ne prouve que l'abandon est réel. Je suis convaincu que l'objet de cette action est d'obtenir ultérieurement le divorce. » Le jugement fut réformé en appel. Les considérants étaient les suivants : « D'après l'Act de 1857 s. 22 les principes qui gouvernent le prononcé des jugements de restitution sont encore ceux qui étaient en vigueur dans les Cours ecclésiastiques. Or, celles-ci ne voyaient pas dans une convention de séparation une fin de non-recevoir (1). L'essence du droit au recours est la bonne foi et la bonne foi existe ici. La demanderesse ne perd pas son droit à un jugement de restitution pour avoir dans l'esprit cette idée qu'elle pourrait, si le jugement n'était pas exécuté, recourir à une action en divorce ». Il est probable que cet arrêt fera jurisprudence et que les juges accorderont la restitution, malgré la convention de séparation, toutes les fois que la bonne foi du demandeur sera bien établie.

Le divorce par consentement mutuel des Codes belge (2) et roumain (3) est une relique du Code Napoléon. Celui-ci voyait dans le consentement réciproque des époux la présomption de l'existence d'une cause de divorce que les époux ne veulent pas divulguer pour éviter un scandale. Cette forme de divorce est entourée de difficultés destinées à en rendre

(1) Toutefois le respect de ces conventions était assuré par la Cour de Chancellerie qui formulait des défenses pour empêcher les personnes liées par elles d'introduire une action devant les Cours ecclésiastiques.

(2) C. C. belge, art. 233.

(3) C. C. roumain, art. 212, 254 et seq.

l'application pratique aussi malaisée que possible et à en éviter ainsi les abus.

Le Code néerlandais n'autorise la séparation par consentement mutuel qu'après deux années de mariage. Avant de demander la séparation, les époux devront arrêter par acte authentique toutes les conditions de cette séparation, tant en ce qui les concerne qu'à l'égard des enfants nés du mariage. Des tentatives de conciliation auront lieu. Le juge n'est pas obligé de prononcer la séparation (3).

Le Code autrichien défend aux époux de conclure un accord en vue de leur séparation (4). Malgré cette prohibition, pareilles conventions se rencontrent assez souvent dans la pratique (5). Elles sont dénuées de validité et ne peuvent en aucune façon fonder un droit à pension alimentaire au profit de la femme. Chaque partie peut à tout moment exiger la reprise de la vie conjugale (6). Par contre le Code met à la disposition des époux qui désirent se séparer à l'amiable la procédure des art. 103 et suivants qui est une application de la juridiction gracieuse. Les parties doivent déclarer devant le juge qu'elles sont d'accord non seulement sur le principe de la séparation mais sur ses conditions, c'est-à-dire qu'elles ont réglé entre elles les questions touchant au régime des biens et à l'entretien

(3) C. C. néerlandais, art 291 et seq.

(4) C. C. autrichien, art. 93.

(5) Pfaff-Krainz, vol. II, p. 72.

(6) Cf. cependant *Entsch*, 3 octobre 1916, *JBl.*, 1917, n° 4.

de la femme (1). Cette déclaration faite et les tentatives de conciliation épuisées, le juge doit prononcer la séparation et il ne lui appartient ni de rechercher les causes qui peuvent motiver la demande ni de se prononcer sur les clauses de la convention passée entre les parties. Dans un cas seulement le juge a le droit et même le devoir de se faire représenter la convention, c'est lorsqu'il y a des enfants mineurs nés du mariage. Il devra alors prendre connaissance des clauses concernant leur garde et leur entretien et y apporter les modifications qu'il jugera nécessaires à l'observation de la loi (2).

Des mêmes théories de droit naturel, auxquelles était venue se joindre une considération pratique, le désir de favoriser la repopulation, procède le divorce pour aversion insurmontable (*unüberwindlicher Abneigung*), (3). Dans la pensée des rédacteurs du Code ce n'est pas un divorce par consentement mutuel, mais nous le mentionnons ici, car il en est en réalité dangereusement proche. Si la cause de ce divorce est le sentiment haineux qui s'est établi entre les époux (4) — et le juge doit s'assurer de l'existence réelle de cette

(1) C. C. autrichien, § 105. Il pourra se faire qu'en fait aucune convention n'ait été passée. La question se posera alors de savoir suivant quelles dispositions législatives les rapports pécuniaires des époux seront réglés. Cf. chap. : Effets du Divorce et de la Séparation.

(2) C. C. autrichien, § 139 à 154.

(3) C. C. autrichien, § 115.

(4) Le sentiment d'aversion n'a pas besoin d'être réciproque et peut n'exister que chez l'un des conjoints. Stubenrauch, t. I, p. 193.

cause — il faut en outre que les parties soient d'accord pour introduire la demande. La séparation de corps sera prononcée d'abord ; le divorce interviendra au bout d'une ou de plusieurs périodes d'attente si la réconciliation n'a pas eu lieu entre les époux.

Le consentement mutuel est très largement admis en Autriche pour le divorce de sujets de religion israélite (1).

La jeune législation tchécoslovaque a conservé le divorce pour aversion insurmontable du droit autrichien. La loi (2) spécifie que ce divorce doit être précédé d'une séparation de corps judiciaire ayant duré au moins un an sans qu'il y ait eu de réconciliation, que le consentement mutuel des parties est nécessaire et que le juge doit rechercher dans les faits de la cause si l'aversion insurmontable existe réellement (3). Lorsqu'un délai de trois ans s'est écoulé depuis la séparation, l'aversion insurmontable — qui est toujours la cause du divorce — se présume, à condition toutefois que les incidents du débat oral n'y contredisent point (4).

Dans la séparation consensuelle du droit italien (5), le juge joue un rôle beaucoup plus important que dans le droit autrichien où il se borne à enregistrer la déclaration des parties. Le procès verbal de séparation signé par les époux doit être homologué par le tri-

(1) C. C. autrichien, § 133 à 136.

(2) Loi du 22 mai 1919. Pour l'étendue d'application territoriale de cette loi, cf. Introduction.

(3) L. du 22 mai 1918, § 13, litt. i, § 15, 16, litt. a, al. 1.

(4) L. du 22 mai 1918, § 18.

(5) C. C. italien, art. 158. Cf. l'exposé détaillé de G. Caby, *op cit.*

bunal. Cette homologation est loin d'être une simple formalité. Non seulement le tribunal doit s'assurer que le consentement des parties existe, mais la jurisprudence lui reconnaît un droit de contrôle très étendu, lui permettant de vérifier les causes de séparation alléguées par les parties, de rechercher les causes véritables et lorsqu'elles lui paraîtront insuffisantes de refuser l'homologation. Il n'est pas nécessaire que les causes soient parmi celles qui sont limitativement énumérées pour la séparation contentieuse. L'incompatibilité de caractère est souvent admise en pratique.

Le tribunal exerce également son contrôle sur les pactes adjoints au procès-verbal de séparation et qui en règlent les conditions pécuniaires, pension alimentaire de la femme, entretien et garde des enfants (1). La jurisprudence lui reconnaît le droit de modifier ces pactes, d'en repousser même une disposition en la remplaçant par une autre (2). C'est dire combien cette institution participe peu de la nature des contrats et combien elle diffère des séparations conventionnelles anglo-américaines.

Parmi les législations extrémistes, un premier groupe comprenant la Suède, la Norvège, le Danemark, le Portugal, le Vénézuéla, Cuba, la Nouvelle-Zélande, n'autorise le divorce qu'après une période de séparation, sorte de temps d'épreuve.

L'art. 1^{er} de la loi suédoise du 11 juin 1920 porte que « les époux qui, à raison d'une mésintelligence profonde

(1) Cf. chap. : Effets du Divorce et de la Séparation.

(2) App., Gênes, 6 octobre 1891, *Ann.*, 92, 2, 58.

et durable, estiment ne pas pouvoir continuer la vie en commun, pourront, s'ils sont d'accord, obtenir du tribunal un jugement prononçant la séparation de corps ». Au bout d'un an de séparation depuis le jugement et si la vie en commun n'a pas été rétablie, le divorce peut être prononcé à la demande de l'un ou de l'autre (Art 3). Si les époux sans qu'il y ait eu de jugement de séparation de corps ont vécu en fait séparés depuis trois ans, chacun pourra obtenir le divorce ; cependant le divorce ne devra pas être prononcé à la demande d'un seul, si, à raison de sa conduite, la dissolution du mariage peut lui être raisonnablement refusée (Art. 4).

La loi norvégienne du 31 mai 1918 contient des dispositions identiques.

On sait qu'au Danemark séparation et divorce peuvent être obtenus soit par jugement soit par autorisation de l'administration. D'après la loi du 30 juin 1922 l'autorisation de séparation devra être accordée si les deux époux sont d'accord pour en faire la demande. L'autorisation de divorce devra être accordée lorsque les deux conjoints le demandent et qu'ils ont vécu légalement séparés depuis deux ans et six mois. Si les époux ont vécu séparés en fait depuis quatre ans, chacun d'eux pourra demander un jugement de divorce.

Le décret-loi portugais du 3 novembre 1910 prescrit une procédure spéciale pour le divorce par consentement mutuel. Un procès-verbal de l'accord en vue du divorce est dressé. L'accord est homologué par jugement et entraîne la séparation provisoire pour le délai d'un an. Ce délai expiré et en cas de persistance

de la demande, l'accord est de nouveau homologué par un jugement qui autorisera cette fois le divorce définitif.

L'art. 196 du C. C. du Vénézuéla autorise la séparation par consentement mutuel et la conversion du jugement de divorce au bout de cinq ans à la demande de l'un ou l'autre des époux.

La loi cubaine du 29 juillet 1918 permet de demander le divorce par consentement mutuel après expiration de plusieurs séparations de corps temporaires.

La s. 4 du Divorce et Matrimonial Causes Amendment Act de 1920 de la Nouvelle-Zélande permet de prononcer par jugement la dissolution du mariage lorsque les parties ont vécu séparées pendant trois ans depuis un jugement de séparation de corps, une ordonnance de séparation rendue par un « Stipendiary Magistrate » ou « Resident Magistrate », un acte ou convention de séparation, ou depuis la date où elles se sont quittées par consentement mutuel (1).

Les pays qui autorisent immédiatement le divorce par consentement mutuel sont : la Lettonie, L'Esthonie, la Russie Soviétique, le Mexique, l'Equateur, l'Uruguay, San Salvador et le Guatemala.

(1) Sur la preuve du consentement mutuel, Fairchild c/id., 1^{er} août 1923, *New Zealand L. R.*, 1924/26.

CHAPITRE II

EFFETS DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS

Les effets du divorce et de la séparation peuvent se ranger dans quatre groupes dont les deux premiers (Aliments et régime des biens — Garde des enfants) comprennent des questions se rattachant à la séparation de corps comme au divorce, et les deux derniers (Nom de la femme divorcée — Nouveau mariage) des questions spéciales au divorce.

PREMIER GROUPE. QUESTIONS SE RATTACHANT A LA SÉPARATION DE CORPS COMME AU DIVORCE

I. — Aliments et régime des biens

La plupart des systèmes de droit frappent l'époux coupable de déchéances d'ordre patrimonial qui laissent subsister au profit de l'époux innocent les avantages stipulés dans son contrat de mariage et tout au moins lorsqu'il s'agit de divorce, ils font de l'innocence de l'époux une condition *sine qua non* de l'attribution d'une pension alimentaire. Cette distinction entre l'in-

nocent et le coupable est nettement exprimée dans les législations française, allemande, néerlandaise, hongroise. En Italie, pour la séparation judiciaire, la jurisprudence a eu le souci de faire la discrimination bien qu'elle ne soit nulle part clairement inscrite dans la loi.

En contraste avec la rigidité des législations précédentes, le droit autrichien et à sa suite la loi tchécoslovaque du 22 mai 1919 font une grande place à l'autonomie de la volonté et les dispositions souples du C. C. suisse, de la loi danoise du 30 juin 1922 et de la loi suédoise du 11 juin 1920, prévoient une indemnité à titre de réparation du préjudice matériel et moral subi par l'époux innocent, tout en permettant d'accorder à cet époux une pension alimentaire s'il tombe dans le dénuement par suite de la dissolution du mariage. Cette pension alimentaire est mise à la charge de l'autre conjoint même si ce dernier n'a pas par sa faute donné lieu au divorce.

Les dispositions des lois anglaises et américaines également très élastiques laissent à la discrétion des juges le soin de décider s'il y a lieu d'accorder une pension à la femme, même coupable quand, elle est dénuée de ressources.

Examinons ces trois groupes de législations :

I. *France, Allemagne, Pays-Bas, Italie.* — En droit français une pension alimentaire est due à l'époux au profit duquel le divorce a été prononcé, s'il se trouve dans le besoin au moment de la dissolution du mariage.

Elle ne pourra excéder le tiers des revenus de l'époux qui la doit et elle est révocable quand elle cesse d'être nécessaire (1). Cette pension est fondée d'après l'opinion de la majorité des auteurs et de la jurisprudence sur le principe général de responsabilité consacré par l'art. 1382 : celui des époux contre lequel le divorce est prononcé est tenu d'indemniser son conjoint du préjudice que lui cause la rupture du lien conjugal (2) MM. Aubry et Rau (3) pensent qu'il pourrait cependant y avoir lieu à une condamnation à des dommages-intérêts correspondant à un préjudice distinct de celui qui résulte de la cessation de la vie conjugale et que la pension alimentaire a déjà pour but de réparer. Ce préjudice distinct résulterait d'un fait constitutif d'une faute de droit commun au sens de l'art. 1382 (4).

L'époux contre lequel le divorce est prononcé n'a droit à aucune pension alimentaire même s'il obtient reconventionnellement la séparation de corps à son profit (5).

Lorsque le divorce est prononcé aux torts des deux époux la jurisprudence refuse toute pension alimentaire (6).

(1) C. C., art. 301.

(2) Req., 22 février 1922, D. P., 1922, I. 62. Req., 15 décembre 1909, D. P., 1911, I. 25.

(3) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e ed., t. VII, § 480.

(4) Sur la possibilité de dommages-intérêts à raison d'un préjudice matériel ou moral, Montpellier, 29 novembre 1897, S., 1901, 2, 137 ; Dijon, 27 février 1907, S., 1907, 2, 64.

(5) Req., 22 février 1922, D. P., 1922 I. 62.

(6) Cass., 24 novembre 1886, S., 1887, I. 433 ; Cass., 27 janvier 1891, S., 1891, I. 76.

Les tribunaux ont la faculté de modifier le chiffre de la pension en conséquence d'une diminution des ressources de l'époux débiteur ou des besoins de l'époux créancier.

L'époux séparé de corps qui est dans le besoin peut réclamer une pension alimentaire en vertu de l'art. 212. Plus de distinction ici entre l'époux coupable et l'époux innocent. Le lien du mariage subsiste, l'obligation de secours aussi. Le montant de la pension accordée à l'époux innocent n'est pas non plus limité au tiers des revenus de l'époux coupable ; l'art. 301 ne s'applique qu'au cas de divorce (1).

La femme autorisée pendant l'instance à avoir un domicile séparé peut réclamer de son mari une provision alimentaire et même une provision *ad litem*. Les droits en ce qui concerne ces deux points sont, le cas échéant, pour le mari demandeur en divorce les mêmes que ceux de la femme vis-à-vis du mari (2).

La perte du droit à la pension alimentaire n'est pas la seule déchéance que prononce la loi au préjudice de l'époux divorcé coupable. L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage (3). L'époux qui a obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques

(1) Req., 20 janvier 1920, D. P., 1921, I. 72.

(2) Baudry-Lacantinerie, III, n° 199.

(3) Art. 299.

et que la réciprocité n'ait pas lieu (1). L'époux coupable perdra en outre la jouissance légale des biens des enfants mineurs (2).

Ces diverses déchéances s'appliquent-elles à l'époux contre lequel existe un jugement de séparation de corps ? La jurisprudence (3) s'est prononcée pour l'affirmative en ce qui concerne les articles 299 et 300. Au contraire la séparation de corps ne porte en général aucune atteinte aux droits que la puissance paternelle confère à l'un ou l'autre des époux sur les biens des enfants. L'époux séparé de corps contre lequel est prononcé le jugement ne perd pas son droit à l'usufruit légal. La loi du 9 mars 1891 qui a étendu le droit successoral du conjoint survivant a en même temps supprimé ce droit pour le conjoint contre lequel il existerait un jugement de séparation de corps (4) passé en force de chose jugée.

En droit allemand le mari déclaré seul coupable doit fournir à la femme divorcée l'entretien approprié à sa condition en tant qu'elle ne peut y subvenir avec les revenus de son patrimoine et avec le produit de son travail, dans la mesure où la possibilité pour la femme de se livrer à un travail lucratif est conforme aux conditions dans lesquelles ont vécu les époux (5). La femme déclarée seule coupable peut aussi être obligée de

(1) Art. 300.

(2) Art. 386.

(3) Cass., 27 décembre 1893, D., 94, I. 391, S., 94, I. 419.

(4) Art. 767.

(5) C. C. allemand, art. 1578.

fournir l'entretien à son mari divorcé, mais seulement dans le cas où il est hors d'état de gagner sa vie et n'a pas de biens suffisants (1578, al. 2). L'époux coupable est donc seul obligé au paiement d'une pension alimentaire. Si les torts sont partagés, l'obligation d'entretien cesse. Il y a cependant un cas où l'époux même innocent est soumis à cette obligation : c'est lorsque le divorce a été prononcé pour aliénation mentale d'un des époux ; l'autre époux doit alors fournir l'entretien à son conjoint dans le besoin de la même façon qu'un époux déclaré seul coupable (1).

L'entretien de la femme innocente doit être conforme à sa condition. Pour déterminer la condition, on envisage les revenus des époux. A quelle époque faut-il se placer ? Une jurisprudence constante veut que l'on ne tienne pas compte de la situation des époux pendant les premiers temps du mariage — ni à plus forte raison de celle de la femme avant le mariage — mais que l'on se place à l'époque de la demande en divorce. Si la situation du mari s'améliore par la suite, si ultérieurement ses revenus ou son salaire augmentent, la femme ne pourra pas élever de prétention à une augmentation de la pension (2). La force avec laquelle ce principe est affirmé dans la jurisprudence et la doctrine nous oblige à le délimiter très exactement. On s'aperçoit bien vite qu'il comporte des atténuations qui résultent de sa rigueur même. Si l'on doit faire un tableau précis de l'état de fortune du mari à l'époque du divorce, on

(1) C. C. allemand, art. 1583.

(2) Une solution différente prévaut en droit anglais.

ne peut pas se borner à tenir compte des rentrées actuelles ; il faut faire entrer dans le calcul les ressources futures en tant que celles-ci sont prévisibles et sûres à l'époque même de ce calcul. Ainsi un fonctionnaire qui peut compter avec quasi-certitude sur une élévation du taux de son traitement à un moment déterminé est dans une situation économique meilleure qu'un homme qui touche un salaire égal sans posséder la certitude d'une augmentation (1).

Pour qu'il y ait obligation d'entretien, il faut que la condition de besoin soit réalisée. Le droit allemand distingue entre le besoin de la femme et celui du mari. Il y a « besoin » pour la femme lorsque les revenus de son patrimoine propre ne sont pas suffisants pour assurer son entretien conforme à sa condition et que d'autre part la situation sociale des époux, le genre de vie qu'ils ont mené, ne permettent pas de demander à la femme un travail (2). Il y a « besoin » pour le mari lorsqu'il est hors d'état de gagner sa vie et qu'il n'a pas de bien (3). S'il possède un capital, il doit

(1) R. G., 12 janvier 1911, IV, 721/09.

(2) Il est impossible de trouver un criterium sûr s'appliquant à tous les cas d'espèce. La situation des époux à l'époque du divorce doit être envisagée. Celle qu'occupait la femme avant le mariage n'entre pas en ligne de compte. Une chanteuse d'opéra avait épousé un ténor et continué à exercer son art pendant le mariage : jugé qu'un travail lucratif de la femme était conforme aux conditions dans lesquelles avaient vécu les époux. R. G. Warn., 1913, n° 371 ; 1917, n° 213. Jugé au contraire que la femme divorcée d'un cultivateur, bien qu'elle eût pris part avec son mari aux travaux de la campagne ne pouvait pas être obligée à accepter une place de fille de ferme. R. G. Warn., 1913, n° 372.

(3) C. G. allemand, art. 1578, al. 2.

l'entamer, tandis que la femme dans le même cas n'est pas obligée de le faire. Quand on peut exiger un travail lucratif de la femme, celle-ci doit déduire les revenus que lui procure ce travail de la somme que devrait lui verser l'époux débiteur, alors même que celui-ci pourrait subvenir à l'entretien intégral. Cela ressort non seulement de la lettre de l'article 1578, mais aussi de l'esprit du mariage tel que le conçoit le C. C. allemand : l'union conjugale ne doit pas être considérée comme une source de profits matériels.

Voilà la règle, mais il y a l'exception. L'obligation d'entretien est restreinte lorsque l'époux qui y est soumis « se trouve, en tenant compte de ses autres obligations, hors d'état de fournir cet entretien à l'autre époux sans compromettre son propre entretien conforme à sa condition. Il a alors le droit de retenir de ses revenus deux tiers. Si ces deux tiers ne suffisent pas à son entretien strict, il peut retenir autant qu'il est nécessaire pour y subvenir. Si l'époux doit fournir l'entretien à un enfant mineur non encore marié, ou, à la suite de son subséquent mariage à un nouvel époux, son obligation envers le conjoint divorcé se restreint à ce que comporte l'équité, eu égard tant aux besoins qu'aux facultés patrimoniales et moyens d'enrichissement des intéressés. Lorsque l'époux qui se trouve dans ces conditions est le mari, il est entièrement affranchi de son devoir d'entretien vis-à-vis de la femme si celle-ci peut subvenir à son entretien avec le capital de son patrimoine (1) ».

(1) C. C. allemand, art. 1579.

Le criterium pour ce cas d'obligation restreinte de l'art. 1579 n'est pas ce que gagne en fait l'époux débiteur, mais ce qu'il pourrait gagner en employant toutes ses forces (*bei Auspannung seiner Kräfte*), car il a le devoir d'utiliser ses capacités et de faire fructifier sa fortune (1). On ne pourra pas cependant l'obliger à entamer son capital.

Lorsque « l'obligation du mari se restreint à ce que comporte l'équité », le juge aura à se demander s'il n'y a pas lieu d'imposer à la femme demanderesse une obligation plus étendue en ce qui concerne son travail personnel que ne le comporte la règle de l'art. 1578 (2). Enfin, si la femme possède un capital, il semblerait que l'obligation du mari dût disparaître complètement, du moins si l'on prend l'al. 2 de l'art. 1579 à la lettre. Mais la jurisprudence ici s'est efforcée de mettre en lumière le véritable sens de la loi. Elle y est arrivée en se refusant à considérer l'al. 2 isolément et en l'interprétant à la lumière de l'al. 1^{er} dont les dispositions sont subordonnées à ce que comporte l'équité. Cet alinéa 2 ne signifiera plus que la femme au profit de qui le jugement a été prononcé puisse être forcée à utiliser son capital d'une manière que réprouverait une saine économie (*in jeder noch so unwirtschaftlicher*

(1) R. G., 14 janvier 1907, IV, 277/06.

(2) Le R. G. fut de cet avis. La demanderesse dans l'espèce avait été placée comme femme de chambre avant son mariage. Pendant le mariage elle vaqua sans auxiliaire aux soins du ménage et depuis le divorce aidait à tenir la maison de ses parents qui en échange lui fournissaient l'entretien. R. G., 20 décembre 1920, IV, 399/20.

Weise) par exemple en vendant des valeurs à un cours très déprécié (1). L'alinéa s'appliquera surtout aux cas où le capital est assez considérable pour qu'on puisse raisonnablement supposer, d'après le cours ordinaire des événements, qu'il suffira à l'entretien de la femme sa vie durant. La distinction n'a d'ailleurs rien d'absolu et lorsque l'emploi du capital suivant les règles d'une bonne administration ne suffira pas, il ne s'en suivra pas forcément que l'époux débiteur ait à combler le déficit. Il faudra de nouveau se reporter à l'al. 1^{er} et se demander si précisément l'équité n'exige pas qu'il soit fait du capital de la femme un emploi même contraire aux règles d'une saine économie.

L'obligation d'entretien s'acquitte sous la forme d'une rente, mais pour des motifs graves l'époux créancier pourra exiger le versement d'un capital (2). Elle s'éteint par le convol de l'ayant droit (3), mais cette disposition n'a pas un caractère d'ordre public et une convention contraire est toujours possible (4). Le C. C. allemand permet à l'époux innocent de révoquer les donations par lui faites à son conjoint avant ou pendant le mariage (5). La révocation n'a pas lieu de plein droit comme en droit français, et lorsqu'il y a culpabilité réciproque le droit de révocation disparaît,

(1) R. G., 11 décembre 1919, IV, 451/19. La femme avait un capital de MK. 28,000 en rentes sur l'Etat qui à ce moment-là cotaient 66.

(2) C. C. allemand, art. 1580.

(3) C. C. allemand, art. 1581.

(4) R. G. Warn., 1920, n° 114.

(5) C. C. allemand, art. 1584.

ce qui fait une nouvelle différence avec le système français suivant lequel les déchéances s'appliquent à l'un comme à l'autre époux lorsque tous deux sont coupables. La révocation est exclue si un an s'est écoulé depuis que le jugement est passé en force de chose jugée ou bien si le donateur ou le donataire sont décédés.

Le Code néerlandais attribue une pension à l'époux divorcé innocent dont les revenus ne sont pas suffisants pour assurer sa subsistance. Cette pension est fixée d'après l'état de la fortune de celui qui la doit et elle est réductible si la fortune du débiteur vient à diminuer notablement. L'époux qui a obtenu le divorce conserve tous les avantages à lui faits en vue du mariage par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques. L'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd ces mêmes avantages (1).

Les mêmes dispositions, en ce qui concerne la pension alimentaire, s'appliquent à l'époux séparé de corps pour cause déterminée. Lorsque la séparation a lieu par consentement mutuel les époux doivent au préalable arrêter par acte authentique toutes les conditions de cette séparation tant en ce qui les concerne que pour la garde et l'entretien des enfants (2). La séparation de corps emporte toujours séparation de biens et donne lieu au partage de la communauté comme si le mariage était entièrement dissous (3).

(1) Code néerlandais, art. 277 et seq.

(2) Code néerlandais, art. 292.

(3) Code néerlandais, art. 298.

La loi hongroise de 1894 contient dans ses art. 90 à 93 des dispositions relatives à la pension alimentaire. Seule la femme, divorcée ou séparée de corps, non coupable et dont les revenus personnels sont insuffisants peut prétendre à une pension. Cette pension devra être en rapport avec la situation sociale des époux.

Le problème de l'obligation alimentaire (1) entre époux séparés de corps est assez obscur en droit italien. Le droit aux aliments dérive du principe général de l'art. 132, d'après lequel « le mari a le devoir de protéger la femme, de la garder près de lui et de lui fournir, dans la mesure de ses ressources, tout ce qui est nécessaire au besoin de la vie. La femme doit contribuer à l'entretien du mari si celui-ci n'a pas de ressources suffisantes. » Le mariage subsistant pendant la séparation, le devoir d'entretien visé par ce texte subsiste aussi, mais on s'est demandé si la proportion dans laquelle il subsistait au profit de l'époux coupable n'était pas modifiée par l'art. 156 qui frappe de déchéances le conjoint ou les conjoints coupables, « sauf toujours le droit aux aliments en cas de besoin ». Le droit aux aliments du conjoint coupable se mesurerait-il au strict besoin ?

D'autre part dans les art. 142 et 143 qui règlent le droit aux aliments entre parents le conjoint est nommé et il est dit que « les aliments doivent être fournis en proportion du besoin de celui qui les réclame et des

(1) Voir l'étude approfondie de G. Caby *op. cit.*, p. 170 et seq.

ressources de celui qui les doit ». L'art 132 s'appliquant aux époux vivant ensemble, les art. 142 et 143 s'appliqueraient-ils aux époux séparés et dans ce cas le droit du conjoint innocent aussi bien que celui du conjoint coupable se mesureraient-ils au besoin ? C'est admettre, comme l'a fait un arrêt de la Cour de Cassation de Rome (1), que la loi n'a pas voulu faire de distinction entre le coupable et l'innocent.

Cependant la jurisprudence en général est dominée par le souci de faire cette discrimination. Elle applique le plus souvent l'art. 132 au conjoint innocent posant en principe que l'obligation d'assistance subsiste à son profit dans toute sa force et n'est pas limitée, tout au moins lorsqu'elle s'exerce au profit de la femme, au cas de besoin (2). La femme innocente ne doit pas voir sa condition diminuée par la faute du mari. Au conjoint coupable la jurisprudence appliquera l'art. 143 corrigé par l'art. 810 C. Pr. Civ. qui selon elle laisse au juge le pouvoir d'apprécier la mesure des aliments suivant les causes de séparation.

Quelle sera la solution en cas de séparation consensuelle ? La culpabilité n'étant pas déclarée, l'art. 156 n'interviendra pas, mais la même incertitude règne dans la jurisprudence quant au domaine d'application des art. 132 et 143.

(1) Cass., Rome, 25 mai 1909, F. I., 09,824. *Trib. Catanzaro*, 6 décembre 1915, *Castagna c/Naty*, M. T., 1916, 174.

(2) Venise, 16 sept. 1915, Z. c/A., M. T., 1916, 169. « La mesure des aliments dus par le mari à la femme en cas de séparation de corps par la faute du mari se calcule en tenant compte des ressources du mari et ne se limite pas au besoin de la femme. »

Les uns appliquent l'art. 143 parce que l'art 132 ne viserait que la parfaite société conjugale (cohabitation); les autres l'art. 132 parce que le lien matrimonial subsiste pendant le mariage ainsi que le nom et la position sociale. Il semble bien que celle-ci soit la théorie prépondérante (1).

Le droit italien prononce la perte des gains dotaux et avantages matrimoniaux au préjudice de l'époux coupable judiciairement séparé et de chacun d'eux si la faute est commune (2). L'époux coupable perd aussi l'usufruit légal des biens des enfants mineurs (3), ainsi que ses droits dans la succession de son conjoint (4).

Si les époux étaient mariés sous le régime dotal la femme qui a obtenu un jugement de séparation de corps contre son mari pourrait demander la séparation de dot (5) qui consiste dans le transport sur la tête de la femme des pouvoirs d'administration et de jouissance du mari. En cas de faute commune la jurisprudence l'accorde également (6). On voit que la séparation de corps n'entraîne pas de plein droit comme en France la séparation de biens.

Lorsqu'il s'agit de séparation consensuelle, la culpabilité n'étant pas déclarée, les déchéances qui visent l'époux coupable dans la séparation contentieuse ne

(1) Cf. la note de l'Avv. Giov. Buzzetti sous Milan, 10 août 1918, M. T., 1919, 123 et la liste d'arrêts à l'appui.

(2) art. 1398, 158.

(3) Caby, *op. cit.*, p. 185.

(4) Art. 757, 812.

(5) Art. 1418.

(6) Cf. la liste d'arrêts cités par Caby, *op. cit.*, p. 182.

jouent pas et les pactes adjoints au procès-verbal de séparation règlent les rapports pécuniaires des époux. La séparation de dot ne peut toutefois pas être établie par convention et la pratique n'arrive qu'à la créer indirectement au moyen d'une cession par le mari à la femme des fruits de la dot pour satisfaire à son obligation d'assistance. Certains arrêts vont jusqu'à admettre la restitution à la femme par pacte de l'administration et de la jouissance des biens dotaux (1).

Le droit autrichien part du principe que la séparation de corps et le divorce peuvent avoir lieu sans que l'un ou l'autre des époux porte le poids de la culpabilité. C'est une situation qui se produira au cas de divorce par consentement mutuel pour aversion insurmontable, de séparation de corps par consentement mutuel, ou de séparation de corps pour cause déterminée lorsque ni l'une ni l'autre partie n'est déclarée coupable. Il n'y a alors aucune raison d'avantager l'un des époux au détriment de l'autre.

Séparons ces différentes hypothèses et prenons d'abord le cas de divorce par consentement mutuel pour aversion insurmontable. Les conventions matrimoniales deviendront caduques — sauf convention contraire arrêtée entre les époux — et les avantages que les époux s'étaient faits de part et d'autre disparaîtront. La femme ne pourra pas élever de prétention à une pension alimentaire (2).

(1) Cf. Caby, *op. cit.*, p. 209 et seq.

(2) Stubenrauch, *Commentar*, t. II, p. 574, note 3.

Lorsque la séparation est prononcée par consentement mutuel la continuation ou la disparition du régime matrimonial dépendra de la convention que les époux auront conclue avant de se présenter devant le juge (1). Si en fait et contrairement à la déclaration des époux aucune convention n'a été passée par eux, les avis sont partagés sur la solution que comporte cette situation. Il semble préférable de s'en tenir aux dispositions du contrat de mariage.

Lorsque la séparation est prononcée pour cause déterminée sans que l'un des époux soit déclaré coupable, chacun peut exiger la dissolution des conventions matrimoniales. La solution est la même si la séparation a été prononcée aux torts des deux époux.

Au contraire, le divorce ou la séparation ont-ils été prononcés pour cause déterminée aux torts d'un seul, le principe pénal réapparaît. S'il s'agit de divorce l'époux innocent a droit non seulement à indemnisation complète (*volle Genugtuung*), mais à tout ce qui lui aurait été dû, en vertu des conventions matrimoniales, pour le cas de survie. Voilà du moins le texte de la loi, et il se rapproche sensiblement de celui du C. C. suisse ; mais dans la pratique les tribunaux autrichiens, à la différence des tribunaux suisses, n'accordent pas d'indemnité. S'il s'agit de séparation de corps, l'époux innocent peut demander soit la continuation, soit la dissolution des conventions matrimoniales.

Qu'il s'agisse de séparation de corps ou de divorce,

(1) C. C. autrichien, art. 1263.

l'époux innocent peut aussi « suivant les circonstances » (Art. 1264) demander une pension alimentaire. Exceptionnellement le juge, eu égard à la situation des parties et à l'équité, condamnera le mari à verser à la femme cette pension bien que les torts soient partagés (1). Le texte de l'art. 1264 n'indique pas dans quelles « circonstances » la pension pourra être accordée. Il ne distingue pas entre l'entretien conforme à la condition et l'entretien mesuré au besoin. Rien ne prouve que l'expression « angemessener Unterhalt » employée s'oppose à « Notdurftiger oder notwendiger Unterhalt ». On n'est donc pas autorisé à conclure à contrario de l'art. 1264 que l'époux coupable peut toujours, à défaut d'entretien conforme à sa condition, réclamer l'entretien strictement nécessaire (2).

La loi tchécoslovaque (Art. 19) a conservé en ce qui concerne les effets pécuniaires du divorce et de la séparation les dispositions du droit autrichien.

Le C. C. suisse n'a pas suivi le modèle des législations qui frappent l'époux coupable de déchéances d'ordre patrimonial et laissent subsister au profit de l'époux innocent les avantages que lui assure son contrat de mariage. Cette attitude découle de la manière dont le Code considère le mariage, de la prépondérance qu'il attribue à l'élément contractuel et de la nature extra-pénale qu'il prête au divorce. Le mariage est dissous : tous les avantages qui peuvent dériver du régime matrimonial, de l'obligation alimentaire, du droit

(1) Hofd. du 4 mai 1841 ; Stubenrauch, t. II, p. 570.

(2) Stubenrauch, t. II, p. 571.

de succession disparaissent avec lui. Mais si la rupture du contrat est imputable à l'un des époux — et, à la différence du droit allemand, la déclaration de culpabilité n'est pas obligatoire — le préjudice en résultant doit être réparé.

L'époux innocent — pour les causes indéterminées de l'art. 142 l'époux innocent est celui qui n'est pas principalement responsable des faits qui ont provoqué le divorce — dont les intérêts pécuniaires même éventuels sont compromis par le divorce a droit à une équitable indemnité de la part du conjoint coupable. Si les faits qui ont déterminé le divorce ont porté une grave atteinte aux intérêts personnels de l'époux innocent, le juge peut allouer en outre une somme d'argent à titre de réparation morale (1).

L'évaluation du préjudice subi est toujours malaisée. Il faudra apprécier le bénéfice que lui assurait son contrat de mariage, ainsi que les espérances successorales que perd l'époux innocent. Toutes les clauses du contrat qui assurent *de facto* un avantage à l'un ou à l'autre conjoint en regard de ce qui serait advenu si le régime légal de l'union des biens avait été adopté, tombent sous le coup de l'art. 151, ainsi le fait que la fortune des époux était très inégale et qu'ils se sont soumis au régime de la communauté universelle (2).

Outre ces indemnités le Code a prévu une pension alimentaire que le juge peut accorder à l'époux inno-

(1) C. C. suisse, art. 151.

(2) Rossel et Mentha, *op. cit.*

cent s'il doit tomber dans le dénuement par suite de la dissolution du mariage. Cette pension sera proportionnée aux facultés de l'autre conjoint et pourra être mise à sa charge même si ce n'est pas sa conduite qui a donné lieu au divorce (1). Elle sera supprimée ou réduite à la demande du débiteur si elle n'est plus en rapport avec ses facultés ou si le dénuement ou la gêne dans lesquels se trouvait l'ayant-droit ont sensiblement diminué (2). Cette disposition ne peut pas être interprétée extensivement de sorte qu'une augmentation de secours serait impossible (3).

Les indemnités ou la pension sus-visées peuvent être réglées conventionnellement entre les intéressés. Elles peuvent être fournies sous la forme d'un capital ou d'une rente. Lorsqu'elles sont fournies sous la forme d'une rente, l'ayant-droit perd cette rente s'il se remarie (4).

Dans le cas de séparation de corps, l'indemnité prévue en faveur de l'époux qui n'a pas donné lieu au divorce ne se retrouve pas. Le droit de succession réciproque des époux n'est pas modifié. Le juge ordonne la dissolution ou le maintien du régime matrimonial en ayant égard à la durée de la séparation et à la situation des époux (5). Mais le juge n'aura pas toujours à décider du sort du régime matrimonial, car il ne peut

(1) C. C. suisse, art. 152.

(2) C. C. suisse, art. 153, al. 2.

(3) Rossel et Mentha, t. I, p. 222.

(4) C. C. suisse, art. 153, al. 1.

(5) C. C. suisse, art. 155, al. 1.

pas refuser la séparation de biens si l'un des époux la demande (1). Au cours de la séparation le juge pourra modifier sa sentence s'il en est requis et s'il lui paraît utile de le faire.

La loi suédoise du 11 juin 1920, la loi norvégienne du 31 mai 1918 et la loi danoise du 30 juin 1922 prévoient comme le Code suisse une indemnité à la charge de l'époux qui aura par ses agissements causé un préjudice moral considérable à l'autre. D'après la loi danoise, cette indemnité peut même être accordée en cas de séparation de corps. Le jugement ou l'autorisation administrative prononçant le divorce ou la séparation décidera, s'il y a lieu, d'attribuer une pension alimentaire (2).

En droit anglais la pension alimentaire prend le nom de *permanent alimony* pour la séparation de corps et de *maintenance* pour le divorce.

S'il s'agit de pension alimentaire en cas de séparation de corps, la Cour se trouve, comme pour toute cette matière, liée par la pratique des tribunaux ecclésiastiques dont elle a recueilli les attributions. La pension accordée à la femme innocente est d'un tiers des revenus communs (*joint incomes*) et la Cour refuse en général de s'écarter de ce principe et de tenir compte de circonstances exceptionnelles invoquées par le mari (3).

(1) C. C. suisse, art. 155, al. 2.

(2) Voir pour plus de détails sur la Suède : Réau, *Lois Suédoises*.

(3) Par exemple le fait que la femme qui était d'une condition sociale inférieure à celle de son mari s'était contentée jusqu'à la date de la demande d'un train de vie modeste et disproportionné aux ressources du ménage. *Dear c/id.*, P. 172.

Mais il est de jurisprudence qu'on peut allouer même à la femme contre laquelle le jugement a été prononcé, si elle est dans le besoin, une pension alimentaire du montant de laquelle la Cour se fera juge (1). A plus forte raison une femme dénuée de ressources qui n'a commis aucune faute conjugale et qui a obtenu un jugement à son profit, se verra-t-elle accorder une pension alimentaire, en dépit même des agissements frauduleux dont elle s'est rendue coupable, agissements qui ont motivé sa condamnation aux travaux forcés à temps et causé le plus grave préjudice à son mari (2).

Lorsque la femme a obtenu un jugement de restitution de droits conjugaux et qu'ensuite son mari, ne réintégrant pas le domicile conjugal, elle obtient un jugement de séparation, elle devra choisir entre la « permanent alimony » qu'elle obtiendra en vertu du jugement de séparation et les sommes périodiques que la Cour lui attribuait si le mari désobéissait à l'ordre de réintégrer (3).

La Cour peut rendre une ordonnance augmentant, diminuant ou supprimant la somme payable à titre de pension en cas de jugement de restitution ou de séparation judiciaire, s'il appert que les ressources du mari ont augmenté ou diminué (4).

Dans le cas de divorce, la Cour peut ordonner que le mari assurera à la femme telle somme globale ou telle

(1) Prichard c/id. et Goodden c/id., cités dans Leslie c/id., 1911, P. 203 (Sir Samuel Evans).

(2) Leslie c/id., déjà cité.

(3) Leslie c/id., 1908, P. 99.

(4) Jenks, *Digeste de Droit Civil anglais*, art. 1892.

somme annuelle d'argent qu'elle jugera raisonnable eu égard à la fortune de la femme, aux ressources du mari et à la conduite des parties. Un acte sera rédigé et la Cour pourra suspendre le prononcé du jugement jusqu'à la signature du dit acte (1). Elle pourra si elle le juge convenable (en outre ou à la place) condamner le mari à payer à la femme, tant que tous deux seront en vie, par semaine ou par mois, telle somme qu'elle jugera raisonnable pour son entretien et ses besoins (2). En général la « maintenanee » accordée à la femme innocente est d'environ un tiers des revenus communs (3), mais si la fortune du mari est très considérable, cette proportion pourra souvent paraître trop élevée et la Cour statuera suivant les circonstances (4).

La Cour jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser la pension et elle peut ordonner le paiement d'une pension alimentaire à une femme même coupable (5).

Lorsque le jugement de divorce est rendu au profit de la femme, il n'est guère d'usage aujourd'hui d'insérer dans l'ordonnance la clause *dum sola et casta vixerit*, mais, si cette clause n'a pas été insérée, l'or-

(1) M. C., Act. 1907, S. 1.

(2) M. C., Act. 1907, S. 2.

(3) Naish c/id., 1916, 32, T. L. R., 487; Gardiner c/id., 1920, 36, T. L. R., 294; Dayrell-Steyning c/id., 1922, P. 280. Cette dernière décision est intéressante pour les questions d'Income Tax et de Super-Tax.

(4) Hulton c/id., 1916, P. 57.

(5) Ashcroft c/id. et Roberts (1902), A. C., P. 270.

donnance ne peut pas être modifiée sur la demande du mari alléguant que la conduite de la femme est devenue mauvaise (1). La clause *dum sola vixerit* est fréquemment insérée seule. Les causes permettant de modifier l'ordonnance sont exposées au M. C. Act 1907, s. 2; ce sont : l'augmentation ou la diminution des ressources du mari. L'augmentation des ressources de la femme ne semble pas être prise en considération par la loi (2).

Lorsque le mariage est dissous par le divorce, la Cour a le droit d'apporter les modifications qu'elle juge convenables aux conventions matrimoniales (*settlements*) qui ont pu être faites par les parties antérieurement ou postérieurement au mariage, relativement à l'affectation de la totalité ou de partie de ces biens au profit soit des enfants nés du mariage soit de l'un ou de l'autre des époux (3). Une disposition spéciale de la loi vise le cas de la femme contre laquelle le divorce ou la séparation judiciaire a été prononcé pour adultère : la Cour peut ordonner que les biens en tout ou en partie de cette femme, soit en possession, soit en

(1) Collins c/id., 1910, 103, L. T. R., 80.

(2) Dans ce sens Sharpe c/id., 1908, P. 20. Contra Hall c/id., C. A., 1915, p. 105 où une diminution de la pension alimentaire d'une femme divorcée fut ordonnée à la suite d'une diminution des ressources du mari et d'une augmentation de celles de la femme. La Cour d'Appel jugea que toutes les circonstances de la cause devaient être prises en considération et qu'elle était en droit de faire entrer en ligne de compte non seulement la situation du mari mais la situation relative du mari et de la femme par rapport aux biens du ménage.

(3) M. C., Act. 1859, s. 5.

expectation, fassent l'objet d'un *settlement* au profit du conjoint innocent et des enfants nés du mariage, ou de l'un ou de plusieurs d'entre eux (1). Lorsqu'elle rend ces ordonnances la Cour doit s'inspirer des circonstances et prendre en considération la conduite des parties et leur situation pécuniaire ; elle doit s'efforcer de modifier les *settlements* de telle manière que l'époux innocent ait à souffrir le moins possible des actes de l'époux coupable (2).

Etats-Unis. — Les principes qui gouvernent la pension alimentaire (*alimony*) dans la jurisprudence américaine sont les mêmes, qu'il s'agisse de séparation de corps ou de divorce. Cependant en cas de séparation de corps les mesures ordonnées sont toujours provisoires et peuvent être modifiées par la Cour si les circonstances exigent soit une augmentation soit une diminution de la pension. Au contraire, en cas de divorce, la modification de l'ordonnance fixant la pension n'est possible qu'en cas de disposition expresse, à cet effet, de la loi locale, disposition que l'on rencontre dans la législation de quelques Etats, ou bien lorsque

(1) M. C., Act. 1857, s. 45. Dans *Constantinidi c/id. et Lance*, 1995, P. 253, le mari s'étant également rendu coupable d'adultère la Cour refusa de modifier en sa faveur le *settlement* de la femme.

(2) *Williams c/id. et Kilburn*, 1920, P. 69. *La Terrière c/id. et Grey*, C. A., 1921, 37, T. L. R., 671. Dans ces deux affaires la femme coupable avait épousé le « co-respondent » et la Cour lui retira le droit de disposer, pendant la vie du premier mari, des biens d'un *settlement*, en faveur d'un second mari ou d'enfants à naître d'un second mariage.

la Cour dans l'ordonnance s'est spécialement réservé un droit de révision (1).

D'une manière générale la pension alimentaire n'est accordée qu'à la femme innocente et pour faire échec à cette règle il faut une disposition expresse de la loi locale. Le montant de la pension n'est pas déterminé comme en Angleterre d'après une règle fixe (un tiers des revenus communs). Les juges prendront en considération :

1^o Les circonstances communes aux deux parties, telles que la condition sociale des époux.

2^o Les circonstances particulières au mari, telles que le montant de ses revenus et son degré de culpabilité. La pension alimentaire pourra revêtir ainsi un caractère de dommages-intérêts compensatoires. Plus les torts auront été grands, plus les sommes allouées devront être élevées (2).

3^o Les circonstances particulières à la femme. Ici il faudra tenir compte des besoins de la femme et de sa fortune personnelle. La règle générale veut que l'on n'accorde pas de pension alimentaire à la femme qui possède des revenus suffisants pour son entretien. Toutefois le droit de certains Etats consacre une solution différente. Ainsi dans le Missouri, la femme en faveur de qui le divorce est prononcé a toujours droit à une pension ; ce droit se justifie par le principe de l'obligation légale imposée au mari de subvenir aux besoins de sa femme, obligation dont sa conduite coupable ne sau-

(1) C. J., vol. XIX, Div., § 616.

(2) C. J., vol. XIX, Div., § 594

rait l'exonérer (1). Mais lorsqu'on ne se trouve pas en présence d'une disposition légale exceptionnelle de ce genre, le juge devra se demander quels sont les revenus personnels de la femme, et s'ils ne suffisent pas à l'entretien de la femme suivant sa condition, le déficit devra être entièrement comblé par le mari. Une réserve est cependant faite pour le cas où, vu l'insuffisance des ressources du mari, il serait inéquitable de l'obliger à verser la différence entière : la pension sera alors fixée en tenant compte à la fois du besoin de la femme et de la capacité de paiement du mari. Lorsque les époux pendant le mariage travaillaient habituellement tous les deux pour procurer des ressources au ménage, la pension allouée ne doit pas être si élevée que la femme soit dispensée de faire quoi que ce soit pour son entretien (Cf. la règle semblable du droit allemand).

La forme, rente ou capital, sous laquelle s'acquittera l'obligation d'entretien dépend de la loi de chaque Etat particulier.

Nous avons vu que l'ordonnance fixant la pension alimentaire peut toujours être modifiée quand il s'agit de séparation de corps, exceptionnellement seulement quand il s'agit de divorce. Lorsqu'on se trouve en présence d'un cas qui peut être soumis à révision, la Cour, pour élever ou diminuer le chiffre de la pension, prendra en considération l'augmentation ou la diminution des ressources du mari, les dépenses exceptionnelles qu'une maladie a pu lui occasionner, l'augmentation des besoins de la femme, etc.

(1) C. J., vol. XIX, Div., § 600.

Dans un très grand nombre d'Etats la loi permet au juge, dans une demande en divorce, d'opérer un redressement des inégalités de fortune qui peuvent exister entre les époux. Lorsqu'elle ne dit pas expressément suivant quelles règles ce redressement se fera, on suit en général les mêmes principes qu'en matière de pension alimentaire (1). Toutefois la loi locale doit autoriser expressément les tribunaux à disposer des biens personnels des époux, sans quoi ils n'auraient pas le pouvoir de modifier la situation existante.

Des conventions sont fréquemment conclues par les époux, au cours de l'instance en divorce, relativement à leurs biens. Ces conventions ne deviennent obligations que lorsqu'elles sont incorporées dans le jugement.

II. — Garde des enfants

Quoique peu variées dans leurs conceptions, les diverses législations diffèrent ici par la plus ou moins grande liberté laissée tantôt aux parties, tantôt au juge.

En Angleterre, aux Etats-Unis, en Italie (dans ce pays pour la séparation consensuelle principalement) et en Hongrie la liberté laissée aux parties n'est limitée que par l'intérêt des enfants. Très fréquentes sont donc les conventions conclues entre les parents relativement à la garde.

Dans ces mêmes pays la loi confère également au juge, dans le cas où les parents ne parviendraient pas à

(1) C. J., vol. XIX, Div., § 770 et seq.

un accord, un pouvoir très souple d'appréciation. Il en est de même en Suisse et dans une moindre mesure en France.

En Autriche et en Espagne au contraire la loi impose aux parties la solution applicable. La législation allemande est d'une presque aussi grande rigueur sur ce point : le tribunal des tutelles ne peut s'écarter du texte de la loi que dans le cas où l'intérêt impérieux des enfants l'exigerait.

Angleterre. — La Cour respecte en général, bien qu'elle ne soit pas liée par elles, les conventions par lesquelles les parents ont réglé d'avance l'attribution de la garde des enfants. Si aucune convention n'est intervenue, elle les confie dans la pratique à l'époux qui a obtenu le divorce ou la séparation, mais elle prendra en considération d'abord l'intérêt des enfants, celui de l'époux innocent ne venant qu'en second lieu. Elle pourra confier la garde à un tiers.

La règle qui prévalait dans les Cours ecclésiastiques ne permettait même pas d'accorder un droit de visite (*access*) à la mère coupable d'adultère. Le droit actuel (1) permet à la Cour d'exercer son pouvoir souverain d'appréciation sur ce point, en ne tenant compte que de l'intérêt des enfants (2). Dans le cas d'enfants mineurs de plus de seize ans, la Cour d'appel jugea qu'elle ne devait pas user de ses pouvoirs et elle refusa de forcer la fille qui, confiée à la garde de son père

(1) *Matrim. C.*, Acts de 1857, s. 35, 1859, s. 4, 1784, s. 6.

(2) *B. c/id.*, 1924, P. 176.

l'avait quitté pour aller vivre avec sa mère coupable, à retourner auprès de son père (1).

Etats-Unis. — Aux Etats-Unis les principes sont les mêmes. L'intérêt des enfants est mis au premier plan. La mère coupable d'adultère peut obtenir la garde des enfants si leur intérêt l'exige. La Cour peut confier la garde à un tiers si elle le juge opportun. Si cependant les deux époux sont également aptes à veiller aux soins et à l'éducation qu'il convient de donner aux enfants, on confiera en principe la garde de ceux-ci à l'époux innocent.

Les conventions relatives à l'attribution de la garde des enfants sont fréquentes, et, comme en Angleterre, la Cour ne sera pas liée par elles si l'intérêt des enfants est lésé.

Italie. — Le droit italien confie au juge en cas de séparation contentieuse le soin de décider qui gardera les enfants. Il peut les confier à un tiers ou à une maison d'éducation, mais dans ce cas les parents conserveront toujours un droit de surveillance (2).

Lorsque la séparation est consensuelle, les pactes adjoints au procès-verbal de séparation règlent les rapports des parents vis-à-vis des enfants. Le pacte qui confie la garde à l'un des époux ne peut enlever à l'autre le droit de surveillance que la loi lui accorde, ni toucher à l'usufruit légal.

(1) Mozley-Stark *c/ id.*, 1910, P. 190.

(2) C. civ., Art. 155.

Hongrie. — La loi hongroise contient dans son art. 95 des dispositions relatives à la garde des enfants. Si les parents ne font pas de conventions contraires, les enfants demeureront avec leur mère jusqu'à l'âge de sept ans et à partir de cet âge avec l'époux non coupable ; si les deux parents ont été déclarés coupables les fils seront confiés à la garde du père, et les filles à celle de la mère.

Toutefois, dans l'intérêt des enfants le juge peut, en considération de la culpabilité des parents et de toutes autres circonstances personnelles, prendre des décisions contraires aux conventions des parents et aux règles qui précèdent, et même confier les enfants à la garde d'un tiers.

Suisse. — Ici non plus la liberté du juge n'est pas restreinte. L'art. 156 dispose : « En cas de divorce ou de séparation, le juge prend les mesures nécessaires concernant l'exercice de la puissance paternelle et les relations personnelles entre parents et enfants, après avoir entendu les père et mère et au besoin l'autorité tutélaire. Celui des parents auquel les enfants ne sont pas confiés est tenu de contribuer, selon ses facultés, aux frais de leur entretien et de leur éducation. Il a le droit de conserver avec eux les relations personnelles indiquées par les circonstances. »

L'intérêt des enfants est la première chose à considérer. Il ne semble pas cependant qu'ils puissent être confiés à un tiers contre la volonté des parents, à moins que ceux-ci ne soient déchus de la puissance

paternelle. Une autre différence avec notre droit est que celui des père et mère à qui la garde n'a pas été confiée n'a pas le droit de « surveiller leur entretien et leur éducation » comme le lui permet l'art. 303 C. C. français. Avant le divorce ou la séparation l'exercice de la puissance paternelle appartient en commun au père et à la mère ; les enfants doivent dorénavant être placés sous l'autorité d'un seul.

France. — Chez nous l'art. 302 C.C. exige en principe que les enfants soient confiés à celui des époux qui a obtenu le divorce. Néanmoins l'intérêt des enfants ne doit pas être compromis, et le tribunal peut, sur la demande des membres de la famille ou du ministère public ou même d'office, les confier à l'autre époux ou à un tiers. La disposition prescrivant que les enfants seront confiés à l'époux innocent n'a aucun caractère d'ordre public et s'il n'y a pas de cause de déchéance les tribunaux respecteront les conventions par lesquelles les parents ont réglé par avance l'attribution de la garde, soit au profit de l'un d'eux, soit au profit d'un tiers, sauf bien entendu le droit pour les juges de réviser la convention s'il est démontré que l'intérêt des enfants l'exige (1). Le tribunal peut même inviter les parents à s'entendre sur la garde et décider qu'en cas de désaccord la difficulté sera tranchée par le juge des référés (2). L'époux privé par le divorce de la garde des enfants conserve un droit de surveillance (art. 303).

La plupart des auteurs et une jurisprudence cons-

(1) Req., 4 juil. 1893, D. 94, 1, 23, S. 93, 424.

(2) Req., 21 janv. 25, D. H., 1925, 99.

tante admettent que l'art. 302 est susceptible d'extension. Il serait applicable également à la séparation de corps. Signalons cependant l'opinion divergente de MM. Aubry et Rau : pour eux l'art. 302 ne saurait s'appliquer d'une manière absolue à cause de l'art. 373 qui attribue au père seul l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage. Ainsi à leur avis, le père qui a obtenu la séparation de corps ne peut jamais être privé de la garde des enfants et le père contre lequel la séparation a été prononcée peut être maintenu dans la garde, sans qu'il soit nécessaire que la famille ou le M. P. intervienne pour le demander. Cette opinion n'est guère adoptée par la jurisprudence contemporaine qui paraît assimiler le divorce et la séparation quant aux mesures à prendre à l'égard des enfants.

Autriche. — On a vu l'importance que prennent dans le droit autrichien, relativement aux effets patrimoniaux du divorce et de la séparation de corps, les conventions des parties. Ces conventions contiennent le plus souvent des dispositions relatives à la garde des enfants. La loi veut alors que le juge exerce sur elles un contrôle plus efficace que lorsque les époux n'ont pas d'enfants et règlent seulement entre eux des questions d'ordre patrimonial. Le juge doit prendre connaissance des clauses qui visent l'attribution de la garde et s'assurer que les prescriptions de la loi ont bien été observées. Les enfants du sexe masculin jusqu'à l'âge de quatre ans, du sexe féminin jusqu'à l'âge de sept ans, doivent être confiés à la mère, mais le père doit assumer la charge de leur entretien (Art. 142). Cette

règle s'applique aussi bien au divorce qu'à la séparation et, en ce qui concerne cette dernière, à la séparation pour cause déterminée comme à la séparation par consentement mutuel.

Espagne. — En Espagne la loi (Art. 73 C. C.) exige que la garde des enfants soit attribuée à l'époux innocent. Si les deux époux sont coupables, on nommera un tuteur auquel les enfants seront confiés. Néanmoins, si le jugement n'en a pas autrement disposé, la mère conservera la garde des enfants de moins de trois ans.

Allemagne. — Le C. C. allemand lie étroitement la garde des enfants à la question de la culpabilité. La matière est réglée par l'art. 1635 : les enfants sont confiés à l'époux innocent. Si tous deux sont coupables, les fils de moins de six ans et les filles à la mère, les fils au père.

La modification apportée par le divorce aux rapports des parents avec leurs enfants ne porte que sur la garde de leur personne. Les autres attributs de la puissance paternelle, tels que l'administration des biens de l'enfant, demeurent en toutes circonstances au père. Nous nous bornons à signaler le danger de cette disposition.

L'art. 1635 confère au tribunal des tutelles le pouvoir de prendre des mesures s'écartant des règles légales si l'intérêt impérieux des enfants l'exige. L'état de santé de l'enfant qui nécessite les soins de la mère sera un motif suffisant. Par contre le simple fait d'une situation plus avantageuse pour l'enfant ne sera pas pris en con-

sidération. Ainsi un époux ne sera pas dépouillé de la garde de l'enfant sous prétexte que celui-ci bénéficierait auprès de l'autre époux d'une instruction et d'une éducation meilleures.

L'art. 1635 ne donne en aucun cas au tribunal des tutelles le pouvoir de confier l'enfant à un tiers. Une mesure de ce genre ne pourrait être prise qu'en vertu de l'art. 1666.

L'art. 1635 ne s'applique pas au divorce pour aliénation mentale, la question de la culpabilité n'entrant pas alors en ligne de compte. Les enfants demeurent dans ce cas sous la garde de l'époux sain d'esprit.

Celui des époux auquel la garde de l'enfant n'a pas été confiée a cependant le droit de conserver avec l'enfant des relations personnelles (*persönlicher Verkehr*), ce qui ne comprend pas des relations par correspondance. Le tribunal des tutelles règlera ces relations, mais il n'a pas le pouvoir de les interdire complètement.

Le divorce ne change rien au devoir des parents envers leurs enfants : ils doivent subvenir à leur entretien comme par le passé.

SECOND GROUPE.

QUESTIONS SE RATTACHANT UNIQUEMENT AU DIVORCE

I. — Nom de la femme divorcée.

Les dispositions concernant le nom de la femme divorcée sont extrêmement variées. D'un côté nous

trouvons l'art. 299 de notre C. C. d'après lequel « chacun des époux reprend l'usage de son nom » (1), de l'autre la coutume jurisprudentielle anglo-américaine qui conserve en principe à la femme divorcée le nom qu'elle a acquis par son mariage (2). Cette dernière solution est aussi celle que préconisent les juristes autrichiens en l'absence de dispositions sur la matière dans le C. autrichien (3).

Une série de combinaisons intermédiaires se présente dans les droits suisse, suédois, allemand, hongrois. L'art. 149 du C. C. suisse stipule que la femme « reprend le nom de famille qu'elle portait avant la célébration du mariage dissous », et l'al. 2 ajoute que, si elle était veuve au moment du mariage, elle peut être autorisée par le jugement à reprendre son nom de jeune fille, mais elle doit user de cette faculté au cours de l'ins-

(1) On peut en France interdire à la femme séparée de corps de porter le nom de son mari (Art. 241). En Roumanie la femme perd le nom de son mari par le divorce (Art. 7 de la loi du 18 mars 1895 sur le nom patronymique).

(2) Une femme anglaise divorcée s'était remariée avec son mari. Jugé que les publications avaient été faites régulièrement à son nom de femme, bien qu'elle ait été connue entre temps sous son nom de jeune fille. Fendall, otherwise Goldsmith c/id., 1877, II, P. D. 263.

Aux Etats-Unis, dans de nombreux Etats les tribunaux peuvent sur la demande d'une femme obtenant un jugement de divorce en sa faveur, l'autoriser à reprendre son nom de jeune fille ou bien, le nom d'un précédent mari. *Marriage and Divorce. Special Reports of the Census*, p. 270.

(3) Stubenrauch, t. I, p. 195. Certains auteurs, cependant, s'appuient sur l'art. 1226 qui oblige l'époux coupable à fournir pleine compensation à l'autre, pour laisser au juge le soin de décider si la femme retiendra le nom de son mari ou reprendra le sien. Cf. Hans Gebhart, *Das Namenrecht der Ehefrau*, p. 49.

tance. Cette disposition est en harmonie avec l'esprit libéral du droit suisse qui ne pose pas comme le droit allemand en règle générale la recherche de la culpabilité dans le divorce et ne fait pas de l'innocence de la femme la condition de son droit de continuer à porter le nom de son mari.

Le droit suédois s'est inspiré de cet esprit dans la loi du 11 juin 1920, art. 31, qui porte : « La femme pourra, après le divorce, garder le nom patronymique qu'elle a pris à la suite de son mariage, ou reprendre le nom qu'elle portait précédemment. »

Le C. C. allemand, cantonné sur le terrain du « *Verschuldungsprinzip* » et pour qui le divorce est une peine, devait au contraire chercher une solution qui impliquât une distinction entre l'époux coupable et l'innocent. Il la trouva dans la formule de l'art 1577. La femme conserve en principe le nom de son mari, mais elle peut reprendre, si elle le désire, son nom de famille et si elle est déclarée seule coupable dans le jugement de divorce le mari peut lui interdire de porter son nom. Au cas où elle aurait été mariée avant la célébration du mariage dissous par le divorce, elle peut reprendre le nom qu'elle portait à ce moment-là. Toutefois on lui interdit cette faculté si dans le jugement de divorce elle est déclarée seule coupable ; il est tenu compte ainsi de l'intérêt de la famille du précédent mari. Un point douteux était celui de savoir si la femme divorcée qui conserve le nom de son mari peut s'engager contractuellement vis-à-vis de celui-ci à reprendre son nom de famille. Les juges de première instance

dans une espèce récente s'étaient prononcés pour la négative en invoquant comme principal argument que dans le droit de famille la liberté de contracter n'est pas la règle. Le R. G. (1) réforma le jugement.

En Hongrie (2) la femme divorcée coupable ne peut pas conserver le nom de son mari. La femme non coupable le peut au contraire, si elle en a exprimé la volonté au cours de l'instance. Le juge devra faire mention de ce droit de la femme dans le jugement.

II. — Nouveau mariage

Dans d'assez nombreuses législations des disposi-

(1) R. G., 14 janvier 1915, vol. IV, 594/14. Seufferts, Archiv., 1915, n° 247. Dans une espèce voisine la Cour d'Appel de Bourges se prononça dans le même sens. Elle jugea que les dispositions de l'art. 299, al. 2, modifié par la loi du 6 fév. 1893 ne sont pas d'ordre public. Il est loisible par suite de renoncer à leur bénéfice et cette renonciation peut intervenir de la part du mari comme prix d'une renonciation par la femme à toute pension alimentaire. Le pourvoi en cassation du mari fut rejeté. L'engagement pris par le mari pendant le mariage d'autoriser sa femme à continuer à porter son nom après le divorce est donc parfaitement valable. Cass., 20 février 1924, S. 1924, 1, 335.

Le Tribunal Fédéral a aussi eu l'occasion de se prononcer sur ce cas. L'arrêt bien qu'il reconnaisse la validité de l'autorisation accordée par le mari à la femme de continuer à porter son nom, n'a pas tout à fait la même portée que les espèces française et allemande. Il fait une distinction assez peu compréhensible entre les effets de la convention à l'égard des parties et ses effets *erga omnes*, en particulier envers les autorités administratives et l'Etat civil. Les dispositions de l'art. 149 C. C. suisse sont impératives en ce qui concerne la mention à l'état-civil et il ne saurait y être dérogé. Bally c/id., Arrêts du T. F., 26 juin 1912., II^e partie, p. 56.

(2) L. 1894, art. 94.

tions inspirées par des motifs d'ordre moral (1) ou religieux empêchent le divorce d'être complètement assimilé au veuvage, en ce qui concerne le droit qui appartient à chacun des anciens conjoints de contracter un nouveau mariage.

Empêchements d'ordre moral. — L'empêchement le plus répandu est la défense d'épouser le complice dans l'adultère. Cette prohibition édictée par le C. C. français a été levée par la loi du 15 décembre 1904. Elle subsiste en Allemagne (2), où des dispenses peuvent toutefois être obtenues. Nous la trouvons également dans le C. C. néerlandais (3), dans le C. C. autrichien (4), dans la loi hongroise de 1894 (5) et dans les législations de la plupart des pays balkaniques. En Écosse (6) la prohibition remonte à une loi de 1600 promulguée à l'instigation d'un certain groupe de ministres de l'Eglise Réformée. Elle est inconnue en Angleterre où l'on est même réputé manquer à l'honneur si après avoir séduit une femme mariée on ne répare pas sa faute en l'épousant. Vérité en deçà de la Tweed, erreur au delà !

La prohibition existe dans quelques Etats de l'Amérique du Nord (7). Enfin, elle faisait certainement par-

(1) L'origine en est probablement dans la Nouvelle 134 C. 12.

(2) C. C. allemand, art. 1312.

(3) C. néerlandais, art. 89.

(4) C. C. autrichien, art. 67.

(5) *Ann.* 1895, p. 360. Des dispenses peuvent être obtenues.

(6) Brodie-Innes, p. 701.

(7) Delaware, Louisiane ; dans le Tennessee, la prohibition de se remarier avec le complice ne subsiste que jusqu'à la mort de

tie des dispositions connues sous le nom de Roman-Dutch Law (1), mais l'adultère ayant cessé d'être un délit dans le territoire de l'Union Sud-Africaine, toutes les sanctions qui en étaient la suite ont disparu, y compris l'interdiction de se remarier entre complices (2).

Quelquefois l'interdiction de contracter un nouveau mariage est limitée à un certain délai, mais d'autre part elle est absolue, en ce sens qu'elle vise toutes personnes et non seulement le complice. Elle est en outre généralement adressée à la partie coupable, quelle que soit sa faute et non seulement à la partie coupable d'adultère. En ce sens, le C. C. suisse (3) qui prescrit au juge de fixer un délai d'un an au moins et de deux ans au plus pendant lequel la partie coupable ne pourra pas se remarier; en cas de divorce prononcé pour adultère le délai peut être étendu à trois ans. Si les torts sont équivalents, on admet une sorte de compensation et l'art. 150 ne s'applique pas (4).

Dans l'Amérique du Nord (5) les lois d'un grand nombre d'Etats contiennent des dispositions sur la même matière. Les unes fixent un délai d'attente, sans l'autre conjoint. *Marriage and Divorce. Special Reports of the Census*,

(1) Ehtreglement des Etats-Généraux du 18 mars 1656.

(2) Estate Heinamann c/Heinamann, S. A. L. R., 1919, A. D. 99. Cf. aussi Lee, *Law and Legislation in South Africa. Yale Law Review* 1922-23. Dans Greene c/Fitzgerald, S. A. L. R., 1914, AD. 88, la Cour Suprême s'était exprimée en sens contraire.

(3) C. C. suisse, art. 150.

(4) Rossel et Mentha, *op. cit.*, vol. I, p. 219.

(5) Cf. *Marriage and Divorce, Special Reports of the Census*. Pour l'effet extra-territorial de ces prohibitions, voir II^e Partie, Droit international privé.

faire de distinction entre l'époux innocent et l'époux coupable ; d'autres tiennent compte de la culpabilité ; d'autres encore tout en tenant compte de la culpabilité, ne contiennent de dispositions qu'en cas d'adultère.

Une interdiction d'un caractère un peu spécial existe dans le droit autrichien. L'art. 119 porte qu'un époux divorcé ne peut se remarier avec une personne qui, soit par son adultère, soit par ses insinuations et la contrainte qu'elles exercent, a donné lieu au divorce. On remarquera qu'il ne s'agit pas précisément d'un empêchement fondé sur la complicité. Sauf pour l'adultère, la complicité n'est ni suffisante ni nécessaire. Elle n'est pas suffisante : la participation à un acte puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans (qui suivant l'art. 115 C. C. autrichien est une cause de divorce) ne crée pas cet empêchement. Elle n'est pas nécessaire : car l'empêchement peut résulter du fait d'avoir par ses conseils poussé à divorcer un mari prêt à reprendre sa femme adultère, parce que l'on avait soi-même l'intention d'épouser la femme après le divorce.

L'interdiction pour les époux divorcés de se remarier ensemble, qui existe dans le C. C. néerlandais, se trouvait aussi dans le C. C. belge avant qu'elle n'ait été levée par la loi du 8 février 1906 modifiant l'art. 295. Le nouvel article permet aux époux divorcés de faire célébrer à nouveau leur mariage ; ils ne sont pas tenus d'observer le délai fixé par les art. 228 et 296 si l'épouse n'a pas contracté dans l'intervalle un autre mariage dont la dissolution remonte à moins de dix mois.

La disposition de la loi française du 27 juillet 1887 qui interdisait aux époux divorcés de se remarier ensemble, si l'un ou l'autre avait postérieurement au divorce contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce, a été en partie levée par la loi du 26 mars 1924. Cette dernière loi autorise la nouvelle union des anciens époux quand il y a des descendants légitimes vivants issus du mariage avec le conjoint primitif ou quand le second conjoint est décédé.

Empêchements d'ordre religieux. — Nous trouvons un empêchement de ce genre en Autriche, où, comme l'on sait, le divorce n'est permis qu'aux individus de confession non-catholique. Il prend le nom d'empêchement du catholicisme (*Ehehinderniss des Katholizismus*).

Deux cas sont à distinguer. Premièrement est prohibé, du vivant de l'époux divorcé, le mariage d'un non-catholique avec une personne appartenant au culte catholique (1). Pour les catholiques en effet le mariage des non-catholiques est tout aussi indissoluble que celui des catholiques, et le divorce d'un non-catholique ne peut avoir à leurs yeux que la valeur d'une séparation de corps. Deuxièmement est prohibé du vivant de l'époux divorcé le nouveau mariage d'une personne qui ayant appartenu à une confession non-catholique a divorcé et s'est ensuite convertie au culte catholique (2).

(1) Hofd., 26 août 1814.

(2) Hofd., 17 juillet 1835.

L'empêchement tiré du catholicisme ne s'étend pas au nouveau mariage de Juifs divorcés (1) ; cela a fait dire qu'appliqué à un époux divorcé catholique l'empêchement était absolu, qu'appliqué à un époux divorcé non-catholique il était relatif et qu'en ce qui concerne les Juifs non divorcés, il était sans effet (2).

(1) Hofkanzd, 4 février 1837.

(2) Pfaff-Krainz, vol. II, 2^e partie, p. 32.

CHAPITRE TROISIÈME

FINS DE NON-RECEVOIR A L'ACTION EN DIVORCE OU EN SÉPARATION DE CORPS

Un certain nombre d'exceptions peuvent être opposées à l'action en divorce ou en séparation. Ce sont : le pardon ou la réconciliation, la complicité dans l'adultère, la réciprocité des torts ou compensation, la prescription, la collusion. Les deux premières se rencontrent dans tous les systèmes de droit.

I. — LE PARDON OU LA RÉCONCILIATION

Toutes les causes qui impliquent la faute de l'un des époux peuvent être effacées par le pardon ou la réconciliation (1.)

Le plaideur qui ne peut invoquer à l'appui de sa

(1) Les principaux textes consacrant cette fin de non-recevoir sont l'art. 244 de notre C. C., l'art. 1570 du C. C. allemand (Verzeihung), l'art. 137, al. 3, C. C. suisse, l'art. 271, C. C. néerlandais, l'art. 272, C. C. belge, l'art. 251, C. C. roumain, l'art. 14 litt. c de la loi tchéco-slovaque du 22 mai 1919, le Matrimonial Causes Act de 1857 s. 30 (condonation), l'art. 128 du Marriage Act de 1915 de l'Etat de Victoria (Australie) etc. Pour les Etats-Unis, cf. les lois de chaque Etat dans *Marriage and Divorce*, p. 277 et seq.

demande que des faits antérieurs au pardon et connus de lui au moment ou celui-ci est intervenu, sera déclaré non-recevable dans son action.

Le pardon a plus de force dans certains systèmes de droit que dans d'autres. Ainsi en Ecosse, le pardon (*condonation*) doit être absolu et inconditionnel, et comme tel il efface complètement l'offense que des faits nouveaux ne peuvent plus faire revivre. Il n'existe d'exception à cette règle que pour les sévices (*cruelty*) qui ne constituent qu'une cause de séparation de corps et pour lesquels le pardon est toujours donné sous la condition tacite que les faits ne se renouvelleront pas (1). Au contraire, en Angleterre le pardon, à quelque cause qu'il s'applique, est donné sous la condition résolutoire tacite que la faute ne se reproduira pas, et les faits nouveaux font revivre les faits anciens (2). Chez nous, la réconciliation a le même caractère conditionnel. Elle implique l'engagement, de la part de l'époux qui a des torts envers l'autre, de mieux se comporter à l'avenir. Si cet engagement n'est pas tenu, l'autre époux n'est pas lié par le pardon qu'il a accordé et il peut

(1) « Lorsqu'un adultère a été pardonné l'offense est effacée et il ne peut jamais plus en être question, mais il n'en va pas de même pour une action en séparation fondée sur la violence » (Graham *c/id.* 1878. 5. R. 1083, cas de droit écossais cité dans Moss *c/id.* 1916, P. 190).

(2) « Le pardon éteint le droit à l'action sauf en ce qui concerne les actes futurs et s'accompagne de la condition résolutoire tacite que l'offense ne se renouvellera pas et qu'un renouvellement de l'offense effacera le pardon et fera revivre les actes passés. » *Shelford on Marriage*, cité dans Cramp *c/id.* et Freeman, 1920, P. 158 et une longue liste d'arrêts à la suite dans le même sens.

se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa demande (1). Il en est de même en Allemagne (2), en Hollande (3), aux Etats-Unis (4).

Dans le Code italien on ne trouve pas de texte permettant comme le fait l'art. 244 C. C. français de faire revivre les faits anciens connus lorsqu'un fait nouveau survient ou lorsqu'un fait ancien est découvert depuis la réconciliation. Néanmoins la jurisprudence tient compte des causes anciennes en tant qu'elles forment un élément d'appréciation des faits nouveaux (5).

Les faits nouveaux n'ont pas besoin d'être de même nature que les faits anciens. L'art. 244 de notre Code civil ne l'exige pas. Les injures graves peuvent, quoique couvertes par la réconciliation des époux, être invoquées à l'appui d'une demande fondée sur d'autres faits, tels, par exemple, que des sévices postérieurs à la réconciliation et qui ne seraient pas d'une gravité suffisante pour justifier à eux seuls une demande en divorce ou en séparation. En Angleterre aussi, les sévices (*cruelty*) peuvent faire revivre d'autres sévices ou

(1) C. C. français, art. 244, 307.

(2) C. C. allemand, art. 1570.

(3) C. C. néerlandais, art 272.

(4) C. J., vol. XIX, § 205.

(5) ... « les faits qui se sont renouvelés après la réconciliation des époux peuvent être invoqués pour mettre en lumière et fixer (colorire e stabilire) l'importance exacte des faits postérieurs, la condition sous laquelle le pardon avait été accordé, c'est-à-dire que d'autres fautes ne seraient pas commises, n'ayant pas été remplie ». Meregalli c/ Della Porta, C. d'Appel de Milan, 8 mai 1924, M. T., 1924, 746. Cf. dans le même sens les arrêts cités par G. Caby, *op. cit.*, p. 190. C'est aussi l'opinion de la doctrine. Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, vol. VII, p. 441.

l'adultère, et l'adultère peut faire revivre les sévices. Ce dernier point avait de l'importance lorsque l'adultère du mari sans circonstances aggravantes ne suffisait pas pour que la femme obtint le divorce. Aux Etats-Unis également, en règle générale, la faute pardonnée pourra revivre par la répétition d'une faute semblable et même lorsqu'une faute de nature différente aura été commise (1). De même encore, pour ne citer que quelques exemples, dans l'Etat de Victoria (Australie), l'offense pardonnée revivra grâce à une offense nouvelle de nature différente (2).

La preuve du pardon ou de la réconciliation est généralement laissée à l'appréciation des tribunaux. Le pardon est une question de fait. La réconciliation peut être expresse ou tacite.

La Cour de Cassation chez nous a maintes fois proclamé le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fait en matière de réconciliation. La réconciliation tacite s'induit des circonstances. La reprise de la vie commune n'est pas nécessairement un signe de réconciliation car elle peut s'expliquer par d'autres motifs (3). Elle en est néanmoins un des signes les plus certains d'après notre jurisprudence (4).

La jurisprudence allemande aussi a soin de faire remarquer que le pardon (*Verzeihung*) est une pure question de fait (*rein tatsächlicher Natur*) et n'a pas le

(1) C. J., vol. XIX, *Divorce*, § 205.

(2) Jordan *c/ id.*, 1913, V. L. R., 72.

(3) Lyon, 11 oct. 1919, D. P., 1921, 2. 8.

(4) Supp. Dalloz, *Divorce and Separation*, n° 365.

caractère d'un acte de forme juridique (*rechtsgeschäftlichen Verkehrs*). Même pour les causes absolues, le motif sur lequel repose en dernier lieu le droit au divorce est la rupture du lien conjugal et l'impossibilité morale d'exiger du demandeur la continuation de la vie commune. Le pardon est l'expression d'un processus intérieur (*innerer Vergang*), expression par laquelle l'époux lésé fait connaître qu'il n'estime pas ou n'estime plus le lien conjugal brisé (1). Très préoccupés du point de vue subjectif, les juges allemands ne prendront pas en considération les affirmations orales ou écrites, si celles-ci sont contredites par la conduite des parties. Aux termes d'un arrêt le fait pour le mari d'avoir continué à vivre maritalement avec sa femme pendant un mois environ après avoir eu connaissance de son adultère, et bien qu'il n'ait cessé de lui affirmer qu'il ne lui pardonnait pas, prouve que la vie commune ne lui est pas devenue intolérable et exclura son droit au divorce (2). Une grande importance est attribuée à l'existence des relations conjugales. La jurisprudence en général voit dans le maintien de celles-ci la preuve concluante du pardon, à moins qu'elles n'aient été continuées sous la crainte de la violence (3).

Pour la jurisprudence italienne également le pardon est un fait psychologique (4). Ici une importance plus

(1) R. G., 30 décembre 1904, 289/04, J. W., 1905, p. 113.

(2) R. G., 26 septembre 1919, VII, 168/19, D. J. Z. 1919, 939. R. G., 12 mars 1908, 374/07, Recht, 1908, n° 1577.

(3) R. G., 26 octobre 1911, IV, 98/11.

(4) Voir l'intéressante analyse de la réconciliation chez G. Caby, *op. cit.*, p. 164, 187 et seq.

grande qu'ailleurs semble être attribuée à la reprise de la vie commune. La jurisprudence en déduit une présomption de pardon en rapprochant l'article 153 qui vise la réconciliation en tant que fin de non-recevoir à l'action en séparation de corps de l'article 157 qui vise la réconciliation, cause de cessation de la séparation de corps. L'art. 157 porte que les conjoints peuvent toujours faire cesser d'un commun accord les effets de la sentence de séparation par le fait de la cohabitation. Si le législateur, disent les arrêts (1), attribue au fait de la cohabitation une force suffisante pour écarter une décision judiciaire, à plus forte raison pourra-t-elle valoir comme présomption de pardon dans le cas de l'article 153 et devra-t-elle écarter une demande en justice. Cette présomption semble même avoir une force particulière. La jurisprudence veut que l'on considère la reprise de la vie commune en faisant abstraction des motifs qui l'ont déterminée et des réserves qui ont pu être faites par les époux. En lui attribuant la valeur du pardon, le législateur a exigé seulement qu'elle fût volontaire sans poser d'autres conditions. Le fait pour le mari d'avoir rappelé sa femme uniquement pour ne pas aggraver la situation pécuniaire de la famille et afin qu'elle pût donner ses soins à l'enfant commun, n'enlève pas sa valeur à la reprise de la vie commune (2). La continua-

(1) G. c/B., Appel Catania, 21 février 1921, M. T., 1921, 761, Antonietti c/Sali, Appel Milan, 20 décembre 1920, M. T., 1921, 180.

(2) Antonietti c/Sali, *préc.*

tion de la vie commune, au contraire, spécialement de la part de la femme et, sans qu'il y ait eu interruption, après des injures et sévices, ne peut pas valoir comme réconciliation au sens de l'article 153, s'il est constant que l'épouse innocente n'a pas eu l'intention de pardonner, mais seulement d'éviter pour l'instant une rupture par égard pour sa mère malade (1).

La distinction entre la situation du mari et celle de la femme, au point de vue du pardon, à peine ébauchée dans la jurisprudence italienne, est très clairement faite par les juges anglais. La jurisprudence anglaise voit la preuve du pardon dans des actes qui auraient rétabli la partie coupable dans sa situation antérieure, plutôt que dans des déclarations verbales ou écrites (2). D'après elle, la reprise de la vie commune par le mari après la connaissance qu'il a eue de l'adultère de sa femme constitue une preuve suffisante de l'effacement de l'offense (3). La même certitude n'existe pas pour la femme demanderesse à l'égard de son mari coupable. Elle est dans une situation dépendante à son égard et la continuation de la cohabitation après la connaissance qu'elle a de l'adultère n'est pas une preuve concluante de son pardon (4). Dans la jurisprudence américaine

(1) Aloino c/Vicini, Cs Turin, 21 février 1919, M. T., 1919, 323.

(2) Crocker c/id., Mews Digest, 1921, 123.

(3) Cramp c/id., and Freeman, 1920, P. 158 et les arrêts à la suite.

(4) Keats c/Montezuma, 1 Sw. et Tr. 334-347. Sir Cresswell Cresswell montre dans cette décision que s'agissant au contraire d'un mari demandeur il y aurait eu présomption de pardon. Dans le même sens, la jurisprudence des tribunaux de l'Etat de Victoria

la distinction est loin d'être aussi tranchée. Elle semble même ignorée par la plupart des lois.

II. — LA COMPLICITÉ DANS L'ADULTÈRE

L'idée de laquelle naît cette fin de non-recevoir est que l'injure n'existe pas pour celui qui y consent. La complicité n'est pas mentionnée dans notre Code civil, mais la Cour de Paris (1) a jugé que la connivence de l'époux dans l'adultère de son conjoint le rendait non-recevable à demander le divorce. La même solution est consacrée par le droit allemand (2), suisse, (3), italien (4), anglais, (5) écossais (*lenocinium*) (6), hongrois (7), suédois (8). La complicité est nommée dans la plupart des lois américaines (9), dans celles de la

(Australie) qui est bien plus sévère pour la preuve du pardon lorsqu'il est invoqué contre la femme que s'il l'est contre le mari. *Weeding c/id.*, 13 V. L. R., 215.

(1) Paris, 18 juillet 1893, D. P., 93, 2, 471., même sens : Bordeaux, 11 février 1907, S., 1908, 2, 76.

(2) C. C. allemand, art. 1565, al. 2. Un consentement tacite et général (*stillschweigende und allgemein erteilte Zustimmung*) exclut le droit au divorce ; il n'est pas nécessaire pour que la fin de non-recevoir puisse jouer que l'époux lésé ait connu la personne avec laquelle l'adultère a été commis, R. G., 24 juin 1918, IV, 151/18.

(3) C. C. suisse. art. 137, al. 3.

(4) Cf. G. Caby, *op. cit.*, p. 163.

(5) Jenks, *Digest of English Civil Law*, § 1876.

(6) Brodie-Innes, *op. cit.*, p. 691.

(7) Loi 1894, art. 81.

(8) Loi du 11 juin 1920, art. 8.

(9) *Marriage and Divorce, Special Reports of the Census ; Corpus Juris*, vol. XIX, Div. § 208.

Nouvelle-Zélande (1) et de l'Etat de Victoria (2). Elle n'est pas mentionnée dans la loi tchécoslovaque qui régit le mariage et le divorce, ni dans les lois scandinaves.

III. — LA RÉCIPROCITÉ DES TORTS OU COMPENSATION.

Cette fin de non-recevoir avait une grande importance dans le droit canonique. Notre Code civil est muet à son égard et la jurisprudence française n'a jamais admis l'exception de compensation pour adultère. Au contraire quand il s'agit d'autres faits, les tribunaux français tiennent compte de la réciprocité des torts, soit pour apprécier le plus ou moins de gravité des griefs dont se plaint le demandeur, soit pour prendre en considération une demande reconventionnelle, soit pour rejeter la demande principale comme insuffisamment motivée (3). Par exemple, dans le cas de condamnations criminelles frappant à la fois les deux époux il est impossible pour l'un d'eux d'agir en divorce, car le divorce n'est accordé pour cette cause qu'en raison du déshonneur qui rejaillit sur le conjoint (4).

La jurisprudence allemande de même ne considérera pas comme une fin de non-recevoir opposable au demandeur une conduite contraire au droit et à la morale (*rechtswidriges oder unsittliches Verhalten*), telle que

(1) *Divorce and Matrimonial Causes*, Act. 1908.

(2) *Marriage*, Act. 1915.

(3) Aubry et Rau, t. VII, § 477. Cass., 18 janvier 1881, D. P., 81, 1, 125.

(4) Planiol et Ripert, *Droit Civil*, vol. II, p. 447.

l'adultère ou l'abandon malicieux, mais cette réciprocité des torts justifiera une demande reconventionnelle et sera importante pour la déclaration de culpabilité.

Rien n'est plus éloigné de l'esprit libéral du droit suisse que l'exception de compensation. L'art. 142, al. 1, du C. C. qui permet d'accorder le divorce ou la séparation « lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable » a principalement pour but d'offrir un remède aux situations désespérées où les torts sont à peu près équivalents. Il prévoit dans son al. 2 le cas où la désunion serait surtout imputable à l'un des conjoints et dispose que l'action ne pourra alors être intentée que par l'autre. Ce langage, le mot « surtout », prouvent surabondamment qu'il n'est pas nécessaire que le demandeur soit sans reproche. Il se pourrait même que ses torts fussent aussi graves que ceux du défendeur. L'alinéa a seulement pour but d'interdire au conjoint qui porte le poids principal de la faute de se prévaloir de cette faute et d'un remède qui a été créé pour venir en aide à l'innocent. Une disposition analogue se trouve à l'art. 2, al. 2, de la loi suédoise du 11 juin 1920.

La jurisprudence italienne aussi repousse la compensation (1).

Le droit anglais, au contraire, s'inspirant encore principalement en cette matière du droit canonique, fait à cette fin de non-recevoir une place beaucoup plus grande.

(1) G. Caby, *op. cit.*, p. 164 et seq.

S'agit-il d'adultère (*petitioners' adultery*), il faut distinguer le cas où l'action tend au divorce et celui où elle tend à la séparation de corps. Si l'action tend à la séparation, la Cour, suivant en cela la pratique des Cours ecclésiastiques qui exigeaient que le demandeur vînt au tribunal les mains nettes, déboutera la partie de sa demande (1). Si l'action tend au divorce, la Cour n'étant plus liée par la jurisprudence des Cours ecclésiastiques fera usage du pouvoir discrétionnaire que lui donne l'Act de 1857 et accordera ou refusera le divorce comme bon lui semblera (2).

S'agit-il, au contraire, d'autres faits, de sévices, par exemple, ou d'abandon, ils ne constitueront pas une exception à l'action en séparation fondée sur l'adultère (3), mais si l'action — toujours fondée sur l'adultère

(1) *Everett c/id.* et *Mac Cullum*, 1919, P. 298. En première instance la séparation fut prononcée pour sévices, à la requête de la femme, bien qu'elle fût coupable d'adultère, en se fondant sur ce que le mari avait été complice de l'adultère de sa femme (connivance). En appel le jugement fut réformé, car on ne put alléguer *aucun précédent* accordant la séparation de corps à un époux vivant dans l'adultère à la date de la demande.

(2) Act. de 1857, s. 31. La Cour s'inspirera des circonstances. Dans *Wilson c/id.*, 1920, P. 20, le divorce fut accordé au mari bien qu'il vécût avec une autre femme, en considération des faits suivants : 1^o) l'intérêt des enfants que leur mère négligeait ; 2^o) l'absence de tout espoir de réconcilier les parties ; 3^o) l'intérêt du mari qui désirait se remarier et se créer un nouveau foyer et celui de la femme qu'il désirait épouser. Cf. *Elliot c/id.* et *Bowers*, T. L. R., 1922, P. 28. Dans *Todd c/id.*, et *Cummian*, 1906, T. L. R., 9 et 24, T. L. R., 28, C. A., le divorce est refusé au mari coupable d'adultère bien qu'il ait été abandonné au préalable par sa femme. *Overrules*, *Constantinidi c/id.* et *Lance*, 1903, P. 246.

(3) *Syorge c/id.*, 1906, P. 180.

tère (on se rappelle que c'est la seule cause de divorce) — tend au divorce, la Cour exerce un pouvoir discrétionnaire (1), comme en cas d'adultère du demandeur.

Il est possible que la conduite de l'un des époux pendant le mariage ait été telle qu'elle constitue en quelque sorte une excuse à l'adultère de l'autre. C'est la fin de non-recevoir que le droit anglais appelle « conduite provoquant l'adultère » (2). Dans une action en divorce la Cour, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, est libre d'en tenir compte ou non à sa guise. Dans une action en séparation, au contraire, la règle d'après laquelle la Cour doit s'inspirer des principes qui gouvernaient les jugements rendus par les Cours ecclésiastiques exigerait qu'il ne fût pas tenu compte de cette fin de non-recevoir. Cependant en 1905 (3) la Cour jugea que l'adultère de la femme avait été provoqué par l'abandon du mari et refusa à celui-ci la séparation de corps. La jurisprudence la plus récente semble avoir suivi cette voie (4).

En Ecosse, les principes qui régissent la réciprocité des torts (*recrimination*) ne sont pas tout à fait les mêmes. L'adultère commis par le demandeur n'est pas

(1) Act. de 1857, s. 31.

(2) Dans *Jeffreys c/id. et Smith*, 1864, 10, L. T., 309, Sir Cresswell Cresswell dit : « Il ne faut pas s'imaginer qu'un mari peut négliger et mettre de côté sa femme et si ensuite elle lui est infidèle obtenir le divorce contre elle basé sur cette infidélité. »

(3) *Hodgson c/id.*, 1905, P. 233.

(4) *Stone c/id. et Osborne*, 1917, P. 125.

une fin de non-recevoir dans une action en divorce ou en séparation motivée par l'adultère. Il donne seulement le droit au défendeur de former une demande reconventionnelle. Mais si l'action en divorce est motivée par l'abandon, l'adultère du demandeur la fera échouer, car il empêchera d'exiger le retour du conjoint (*adherence*) : celui-ci n'est pas coupable d'abandon injustifié, il était en droit de se retirer de la société de son conjoint adultère.

Aux Etats-Unis la compensation (*recrimination*) tient une place importance. L'admission de cette fin de non-recevoir n'est pas laissée à la discrétion des juges comme cela a lieu en Angleterre pour le divorce, elle est le plus souvent (1) imposée par le législateur, et dans les Etats où la loi n'en fait pas mention les tribunaux présumeront que le législateur a entendu adopter le principe général qui était en vigueur devant les tribunaux ecclésiastiques en Angleterre (2). Le plus souvent la compensation ne joue qu'en cas d'adultère ; dans d'autres Etats, cette fin de non-recevoir peut être invoquée pour toutes les causes de divorce (3). Dans deux Etats (4) les torts doivent être de même nature pour que la compensation s'établisse.

La compensation joue aussi son rôle dans la législa-

(1) Dans le Kansas seulement nous trouvons une clause générale laissant le juge libre d'appliquer ou d'écarter cette fin de non-recevoir. *Marriage and Divorce*, p. 294.

(2) C. J., vol. XIX, *Divorce*, § 219, note 78.

(3) *Marriage and Divorce*, p. 277 et seq.

(4) Michigan, Nebraska. « Same crime or misconduct charged against respondent ». *Marriage and Divorce*, p. 299 et 304.

tion des Etats de la Confédération australienne. Son application comme fin de non-recevoir est en général laissée à la discrétion du juge.

IV. — LA PRESCRIPTION

Un grand nombre de législations, parmi lesquelles ne figure pas la loi française, édictent des délais, reposant sur une présomption de pardon, passés lesquels l'action en divorce ou en séparation de corps ne peut plus être intentée.

D'après le droit allemand (1) l'action doit être introduite dans les six mois à partir de la date où l'époux a eu connaissance de l'adultère, de l'attentat à sa vie, de l'abandon ou des causes relatives de l'art. 1568, et dans les dix années qui se sont écoulées depuis la survenance de la cause du divorce. Les délais ne courent pas pendant la suppression de la communauté domestique (*Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft*) que cette séparation ait lieu d'un commun accord ou par la volonté d'un seul des époux. Dans le C. C. suisse (2), les délais sont de six mois depuis que l'époux a eu connaissance de l'adultère, de l'attentat à la vie, des sévices et injures graves, et de cinq ans depuis la survenance de la cause. Dans la loi hongroise de 1894 (3) les délais sont les mêmes que ceux de la loi allemande. Dans la loi tchécoslovaque de 1919 (4) l'art. 14 litt. a) dis-

(1) C. C. allemand, art. 1571.

(2) C. C. suisse, art. 137, al. 2; art. 138, al. 2 et 3.

(3) Ann., 1895, p. 360.

(4) Ann., 1919, p. 199.

pose que l'action se prescrit dans le cas de l'art. 13 litt. a) et d) (adultère, attentat à la vie) un an à partir du moment où l'époux a eu connaissance du fait ; dans le cas de l'art. 13 litt. g) un an à partir du moment où l'époux a eu connaissance de la condamnation. L'art. 14 litt. b) dispose que le droit à l'exercice de l'action est prescrit dans le cas de l'art. 13 litt a) et d) lorsque cinq années se sont écoulées depuis la survenance du fait.

D'après la loi suédoise du 11 juin 1920 (1), en cas d'adultère (Art. 8) ou d'attentat à la vie et voies de fait graves (Art. 10) ou dans le cas des condamnations prévues à l'art. 11, l'action doit être introduite dans les six mois à partir de la date où il y a eu connaissance du fait ou, au plus tard, dans les trois ans depuis la survenance de la cause. Lorsque la cause du divorce est une maladie vénérienne de l'autre conjoint (Art. 9) le divorce ne pourra être prononcé que si l'action est intentée dans les six mois à dater de l'époque où le conjoint s'est aperçu qu'il a été exposé au danger d'être contaminé ; il ne pourra pas non plus être prononcé si le conjoint n'a pas été contaminé et si la maladie, au moment où l'action est intentée, n'est plus dans sa phase contagieuse.

La loi lettone du 18 février 1921 exige que l'action soit introduite dans l'année à partir de la date où il a eu connaissance de l'adultère et dans les dix années depuis la survenance de la cause.

(1) Réau, *Lois suédoises*.

D'après la loi esthone du 27 octobre 1922, la prescription, plus courte, est de six mois et de cinq ans.

De même la plupart des lois des Etats-Unis (1) édictent des délais fixes passés lesquels on ne peut plus intenter l'action. Tantôt cette prescription ne s'applique qu'à une cause, l'adultère ; elle aura alors pour point de départ, soit le jour où le fait a eu lieu, soit celui où l'autre partie a eu connaissance de ce fait. Tantôt au contraire, la prescription s'appliquera à toute espèce de cause ; elle courra alors du jour où le fait a eu lieu. Certaines lois ne prévoient aucun délai fixe. La demande sera alors rejetée, comme en droit anglais, s'il s'est écoulé un laps de temps déraisonnable.

Il n'y a en effet dans le droit anglais pas de délai fixe de prescription, mais le *Matrimonial Causes Act* de 1857 mentionne à la section 31 le retard démesuré apporté à l'introduction de la demande (*unreasonable delay*) parmi les fins de non-recevoir. Dans l'opinion des juges ecclésiastiques, ce retard engendrait une présomption de défaut de sincérité chez le demandeur, de complicité ou de réconciliation. Elle a conservé à peu près le même aspect aujourd'hui et un mari qui, avait eu connaissance de l'adultère de sa femme et de la naissance d'un enfant adultérin dès 1914 et qui par scrupules religieux, n'a intenté son action qu'en 1917, a vu sa demande rejetée (2). Fut rejetée de même une demande intentée au bout de douze ans, lorsque le

(1) *Marriage and Divorce, Special Reports of the Census*, p. 277 et seq.

(2) Coppinger c/id., *Mews Digest*, 1918, p. 31.

retard avait pour motif l'intérêt pécuniaire d'un enfant né du mariage qu'un divorce aurait compromis (1).

V. — COLLUSION

La collusion est une entente entre les parties pour faire prononcer un divorce contrairement aux faits de la cause. Elle diffère de la complicité en ce que cette dernière est une entente établie en vue de commettre l'acte qui donnera lieu au divorce, tandis que la collusion est l'intelligence des parties au moment de l'introduction de la demande et pendant le cours du procès.

Un simple désir réciproque d'obtenir un jugement de divorce ou de séparation ne constitue pas la collusion.

La collusion prend une grave importance dans le droit anglo-américain où elle constitue une fin de non-recevoir absolue à la demande en divorce ou en séparation de corps (2).

(1) Rickard c/id., T. L. R., 1921, 448. « Il pouvait être tout à fait convenable qu'un père se sacrifiât dans l'intérêt de son fils, mais il devait alors subir toutes les conséquences de son abstention. »

(2) M. C., Act., 1857, s. 30.

CHAPITRE IV

CESSATION DE LA SÉPARATION DE CORPS ET DU DIVORCE ET CONVERSION DE LA SÉPARATION EN DIVORCE

La séparation de corps cesse par la mort des époux ou par leur réconciliation, et dans certaines législations par la conversion (1) de la séparation en divorce ou par un jugement de divorce.

En France, la réconciliation des époux n'est soumise à aucune formalité, si ce n'est celle de l'art. 311 al. 4 sans laquelle la cessation de la séparation de corps ne serait pas opposable aux tiers. La reprise réelle de la vie commune n'est même pas nécessaire. Les juges du fait apprécient souverainement s'il est intervenu entre les époux une réconciliation impliquant la volonté de faire cesser la réparation (2).

La capacité de la femme après cessation de la séparation de corps est restreinte à celle d'une femme séparée de biens telle que la détermine l'art. 1449. Cette

(1) France, Belgique, Hollande, Allemagne, Suisse, Autriche, Tchécoslovaquie, Hongrie, Suède, Norvège, Danemark, Portugal, Vénézuéla, Nouvelle-Zélande.

(2) Req., 24 février 1908, D. P., I. 410 ; Req., 10 mars 1908, D. P., 1908, I. 280.

modification n'est opposable aux tiers qu'autant que les formalités visées à l'art. 311 al. 4 ont été observées. Les époux ont d'ailleurs la faculté de rétablir leur régime matrimonial primitif en se conformant aux dispositions de l'art. 1451.

La séparation de corps, en France, peut cesser également par la conversion en divorce (1). Cette conversion peut être demandée lorsque trois ans se sont écoulés depuis que le jugement ou l'arrêt prononçant la séparation de corps est devenu définitif. Elle a lieu à la requête de l'un ou de l'autre époux et le juge est tenu de faire droit à la demande. Le divorce est prononcé aux torts de celui entre lequel a été rendu le jugement de séparation.

La séparation pourrait cesser également avant l'expiration de trois années par un jugement de divorce fondé sur des griefs intervenus postérieurement à la séparation de corps ou postérieurement connus.

En Hollande, la séparation de corps cesse par la réconciliation qui fait reprendre au mariage tous ses effets, sans préjudice des actes passés avec les tiers dans l'intervalle (2). Le Code néerlandais prévoit la publication de la réconciliation, au cas où le jugement prononçant la séparation a été lui-même publié ; sans cette publication les époux ne pourraient opposer aux tiers les effets de la réconciliation (3).

La séparation de corps cesse également par la con-

(1) C. C., art. 310.

(2) C. C. néerlandais, art. 303.

(3) C. C. néerlandais, art. 304.

version (1) en divorce qui peut être demandée lorsque cinq années se sont écoulées depuis le jugement prononçant la séparation de corps, soit pour cause déterminée, soit par consentement mutuel. La demande peut être formée par l'un ou l'autre des époux, mais elle sera rejetée par le juge si la partie défenderesse fait défaut, ou s'oppose à la conversion ou se déclare prête à la réconciliation. Si au contraire la partie défenderesse consent à la demande, des tentatives de conciliation auront lieu et les époux persistant dans leur volonté d'obtenir le divorce, la conversion sera prononcée. La conversion sera prononcée aux torts de celui contre lequel a été rendu le jugement de séparation, c'est-à-dire qu'elle ne modifiera pas les effets pécuniaires du jugement primitif. Si la séparation, au lieu d'avoir été prononcée pour cause déterminée, est intervenue à la suite de consentement mutuel, les conventions advenues entre les époux, tant à leur égard qu'à celui des enfants nés du mariage, demeurent en vigueur (2).

La séparation de corps peut cesser également avant l'expiration des cinq années par un jugement de divorce fondé sur des griefs postérieurs à la séparation (3).

En Italie, la séparation de corps contentieuse cesse par la réconciliation (4). Bien que la loi n'énumère que deux formes de réconciliation, la déclaration

(1) C. C. néerlandais, art. 255 et seq.

(2) C. C. néerlandais, art. 261.

(3) Argument *a contrario* de l'art. 290, C. C. néerlandais.

(4) Art. 157.

expresse où la cohabitation, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre la réconciliation tacite résultant d'un fait quelconque d'où se déduit l'accord intervenu.

En ce qui concerne les effets, quant aux biens, de la cessation de la séparation de corps, la doctrine distingue :

1^o Les effets qui n'ont encore donné naissance à aucun droit acquis, comme la perte des gains dotaux et des droits successoraux. L'éventualité favorable d'acquérir ces droits renaît avec la réconciliation.

2^o Les effets déjà épuisés comme la perte des avantages matrimoniaux annulés par la sentence de séparation. Pour que ces avantages puissent renaître, il faudrait une nouvelle constitution de donation.

La loi ne dit pas si la séparation de dot cesse par la réconciliation et le point est discuté (1).

La séparation de corps consensuelle cesse également par la réconciliation et aussi par un jugement de séparation contentieuse. En effet, d'après le système le plus répandu, une demande en séparation contentieuse peut être introduite pendant la séparation consensuelle lorsque la demande est fondée sur des causes nouvelles de séparation (2). Les époux n'ont pu renoncer à invoquer leurs fautes futures, car cette renonciation serait contraire à l'ordre public et constituerait une exonération immorale de l'obligation de fidélité.

(1) Cf. l'analyse de la réconciliation chez G. Caby, *op. cit.*, p. 187.

(2) Ap., Naples, 30 août 1912, M. T., 12, 1031.

En Allemagne la suppression de la communauté conjugale cesse par la réconciliation. Mention doit être faite du rétablissement de la vie commune sur le registre du mariage en marge de l'inscription (1). La séparation de biens intervient (2). La suppression de la communauté conjugale cesse également par la conversion en divorce. La procédure est celle d'une demande ordinaire en divorce. Il y a notamment lieu à tentative de conciliation. Mais le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation ; le jugement de suppression constitue une cause nécessaire et suffisante et il est interdit d'examiner à nouveau la question de culpabilité (3). La conversion est de droit et peut être requise par l'une ou l'autre partie, sans condition de délai.

Il faut distinguer en Suisse la séparation de corps de durée déterminée et celle de durée indéterminée. La première qui ne peut être prononcée pour moins d'un an ou pour plus de trois ans cesse, de plein droit, s'il n'y a pas eu de réconciliation, à l'expiration du délai fixé. La seconde ne peut cesser de plein droit, mais seulement par la réconciliation.

L'une et l'autre cessent par la conversion (4) en divorce qui peut être demandée, pour la première à l'expiration du délai fixé, pour la seconde dès que trois ans se sont écoulés depuis le jugement. Elle peut être

(1) E. G., art. 46, C. C. allemand.

(2) C. C. allemand, art. 1587.

(3) C. C. allemand, art. 1576.

(4) C. C. suisse, art. 148.

demandée par l'un ou l'autre époux, et elle est de droit, à moins que les faits justificatifs de l'action ne soient exclusivement à la charge de l'époux demandeur, ce qui ne se présentera que rarement. Même dans ce cas, si l'époux innocent se refusait à reprendre la vie commune, on devrait prononcer le divorce.

Pour ce qui est relatif aux effets du divorce, délai de l'art. 149, indemnités de l'art. 150, garde des enfants, le Code suisse consacre une solution contraire au C. C. allemand et veut que l'on recherche de nouveau la question de culpabilité. La demande en conversion comme le font remarquer MM. Rossel et Mentha (1) est plutôt une demande en révision. « Le jugement, dit le 3^e al. de l'art. 148 sera rendu en considération des faits établis au cours de l'instance précédente et de ceux qui seraient survenus depuis. »

La loi hongroise de 1894 régleme dans ses art. 106 et 107 la cessation de la séparation de corps et sa conversion en divorce.

Art. 106 : « Les époux séparés de lit et de table peuvent à toute époque reprendre la vie commune. »

Lorsque les époux auront déclaré la reprise de la vie commune au juge qui a connu de l'instance, les conséquences de droit de la séparation de lit et de table cesseront à partir de cette déclaration.

Art. 107 : « Lorsque la séparation de lit et de table aura duré deux ans depuis que le jugement sera passé en force de chose jugée, l'un quelconque des époux

(1) Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 214.

pourra demander en justice la conversion de la séparation en divorce. »

Nous avons vu, à propos de l'abandon, que la séparation de corps des nouvelles lois scandinaves n'est en général qu'une étape vers le divorce. Ce qui lui imprime plus nettement encore ce caractère, c'est que ces nouvelles lois tendent à abolir la distinction traditionnelle entre la séparation de corps prononcée par l'autorité compétente (juges ou administration) et la séparation de fait.

Dans la loi danoise, l'autorisation de divorcer devra être accordée lorsque les conjoints ont vécu séparés pendant un an et six mois (séparation prononcée par l'autorité compétente) et lorsqu'ils sont d'accord pour demander le divorce. Lorsqu'ils ont vécu séparés pendant deux ans et six mois et que l'un d'eux exige le divorce, il devra également être prononcé malgré le désaccord des parties. La loi dit ensuite que chacun des conjoints peut demander un jugement de divorce lorsque, bien que n'étant pas séparés, ils ont en réalité fait vie à part pendant quatre ans ou lorsque l'autre conjoint pendant deux ans, contre le gré du requérant et sans raisons justifiables s'est soustrait à la vie commune.

La loi suédoise dans son article 3 visant le cas où les époux ont vécu séparés pendant un an depuis le jugement de séparation de corps et où la vie commune n'a pas été rétablie depuis, permet de faire prononcer le divorce à la demande de l'un ou de l'autre. On trouve une disposition semblable dans la loi norvégienne.

En Portugal, le décret-loi de 1919 autorise la conversion au bout de cinq ans de la séparation de corps en divorce à la volonté de l'un ou l'autre époux.

Une disposition analogue régit la conversion au Vénézuéla (Art. 199 C. C.).

L'institution de la conversion, inconnue du droit anglo-saxon, a été introduite sinon expressément, du moins en fait, dans la législation de la Nouvelle-Zélande, par une loi de 1920 (1). Cette loi prononce que la Cour sera libre de rendre un jugement de divorce dans tous les cas où les époux ont vécu séparés depuis au moins trois années, à la suite soit d'un jugement de séparation de corps, soit d'une ordonnance rendue par un *Stipendiary Magistrate* ou *Resident Magistrate*, soit d'un acte sous sceau (*deed*) ou d'une convention de séparation. La conversion n'est pas de droit et la Cour exerce un pouvoir souverain d'appréciation. Une loi de 1921 (2) est venue amender ce texte en disposant qu'en aucun cas la dissolution du mariage ne pourrait être prononcée si le défendeur s'y opposait et s'il était prouvé que la séparation avait eu lieu par la faute du demandeur à l'action en conversion.

En Angleterre et aux Etats-Unis la séparation de corps ne cesse pas par la conversion que le droit de ces pays, nous l'avons vu, ne connaît pas.

La séparation de corps cessera par un jugement de divorce basé sur des faits nouveaux (3) ou par une

(1) *Divorce and Matrimonial Causes Amendment Act*. 1920, s. 4.

(2) *Divorce and Matrimonial Causes Amendment Act*. 1921-22.

(3) Yeatman c/id. et Rummel, 1870, 21, L. T., 733.

ordonnance rescindant le jugement de séparation (1). En Angleterre comme aux Etats-Unis la séparation de corps judiciaire ne cesse pas par le simple effet de la réconciliation, en l'absence d'une ordonnance de la Cour qui a rendu le jugement.

On donne comme raison de cette jurisprudence que s'il en était autrement, la crainte de perdre sa pension alimentaire détournerait la femme de toute tentative de réconciliation. Le mari pourrait aussi pour échapper au jugement amener la femme par des artifices à une réunion momentanée. La femme aurait alors à prouver, ce qui serait souvent malaisé, qu'il ne s'agissait pas d'une véritable réconciliation. On préfère laisser au mari la charge de s'adresser au juge pour être libéré de l'obligation d'acquitter la pension alimentaire.

(1) Oram *c/id.*, 1923, 39, T. L. R., 332.

DEUXIÈME PARTIE

LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

En traçant un tableau sommaire des législations des principaux pays d'Europe, d'Amérique et des Dominions Britanniques, en matière de divorce et de séparation de corps, nous avons jusqu'à présent examiné le problème juridique sous son aspect le plus simple. Nous avons supposé qu'un seul tribunal pouvait être compétent et qu'il n'était possible d'appliquer qu'un seul droit, le droit du pays où l'action était intentée. C'est le cas, par exemple, lorsque deux Français divorcent en France, ou deux Anglais en Angleterre.

Passant du simple au composé, nous aurons à examiner à présent les cas, autrefois assez rares, mais maintenant, grâce au déplacements faciles, de plus en plus fréquents, où les tribunaux de différents pays se disputent la compétence et où en présence de plusieurs législations qui se contredisent, on peut se demander quelle est celle qu'il faut appliquer.

Il y a là, on le voit, deux problèmes distincts, celui de la compétence et celui de la loi à appliquer. Prenons d'abord le premier. Il se présentera, entre autres,

lorsque des époux intentent leur action dans un pays où ils sont domiciliés, mais qui n'est pas leur patrie. Il y aura alors conflit de compétence entre les tribunaux du domicile et ceux de la patrie. Il y aura encore conflit de compétence lorsque deux époux ayant chacun une nationalité distincte, chacun d'eux réclamera le droit d'être jugé par un tribunal de sa nationalité. Un conflit du même genre pourra naître de l'existence pour chacun des époux, d'un domicile distinct — bien que le cas soit rare, la femme mariée ayant le plus souvent pour domicile légal celui de son mari — les tribunaux de chacun des domiciles se prétendant compétents.

La question de la compétence réglée, on se trouve en face d'un second problème. Quelle législation devra appliquer le tribunal reconnu compétent ? Appliquera-t-il la loi nationale des conjoints, ou la loi du pays où ils sont domiciliés, ou tantôt l'une, tantôt l'autre ? Et lorsque la femme n'a pas la même nationalité que son mari, une troisième législation ne viendra-t-elle pas en conflit avec les deux premières ? Le problème prend une acuité toute spéciale dans notre matière, car nous avons vu que tous les pays n'admettent pas le divorce, que certains ne connaissent pas la séparation de corps et que d'un pays à l'autre les causes de divorce et de séparation de corps varient à l'infini.

Lorsque nous aurons passé en revue les solutions des conflits de compétence et des conflits de lois, il nous restera à examiner une troisième question : à quelles conditions un jugement de divorce ou de sépara-

tion de corps rendu dans un pays donné, pourra-t-il être reconnu valable et recevoir exécution dans les autres pays ? C'est le problème de la reconnaissance et de l'exécution des jugements.

CHAPITRE PREMIER

CONFLIT DE COMPÉTENCE OU DE JURIDICTION

A. — SYSTÈME FONDANT LA COMPÉTENCE SUR LA NATIONALITÉ

France. — « L'esprit de la loi, comme l'a dit le regretté M. Pillet (1), est de considérer que tous les procès intéressant les Français doivent être soumis aux tribunaux français et que ceux dans lesquels les étrangers seulement sont en cause échappent, en principe, au moins, à la compétence des dits tribunaux ». Mais si cet esprit, fort peu international, se trouvait être, à de rares exceptions près, celui de la jurisprudence du siècle dernier et même du commencement de celui-ci, depuis une dizaine d'années une tendance à l'élargissement de la compétence dans le cadre du droit international privé se dessine chez nous avec une grande ampleur.

Le mouvement rencontre beaucoup d'obstacles, obstacles de tradition et de textes ; quand il s'agit de litiges entre Français domiciliés à l'étranger, nos tribunaux ne se montrent guère prêts à faire céder le principe de la

(1) Pillet, Droit International privé, t. I, p. 352, Paris, 1923.

compétence nationale devant le principe seul rationnel de la compétence du for du défendeur ; cependant la jurisprudence récente ne donne à la juridiction nationale aucun caractère de nécessité. Si les parties sont l'une française et l'autre étrangère, des textes précis, les art. 14 et 15 du C. C. se substituent au profit de la partie française à la règle *actor sequitur forum rei* et en empêchant le plus souvent l'application : la jurisprudence s'est toutefois efforcée de démontrer que ces articles n'avaient aucun caractère d'ordre public et que les parties pouvaient valablement renoncer à leur bénéfice. Mais c'est surtout à propos des contestations qui naissent en France entre étrangers que le mouvement libéral s'est développé. Ici la jurisprudence a apporté tant de dérogations au vieux principe d'incompétence qu'on peut sans trop de paradoxe, en se bornant à la matière du divorce et de la séparation qui nous occupe, se demander si le principe ne serait pas précisément la compétence et l'incompétence l'exception.

Reprenons les trois cas que nous avons indiqués :

- a) les deux époux français sont domiciliés à l'étranger ;
- b) l'un des époux est français, l'autre est étranger ;
- c) les deux époux étrangers sont domiciliés de fait en France.

A. — Les deux époux français sont domiciliés à l'étranger

Les tribunaux français connaîtront de la demande.
Le tribunal compétent en matière d'action à intenter en

France par un Français contre un autre Français qui n'y a ni domicile ni résidence est celui du domicile ou de la résidence du demandeur. C'est ce que la Cour de Cassation a jugé dans l'affaire Bourlier (1). Les deux époux étaient domiciliés dans les Pays-Bas. Notons que la Convention de La Haye applicable à l'espèce leur donnait le choix entre le juge national et le juge du domicile. Mais la dénonciation de la Convention n'a en rien diminué la valeur de cette décision qui se fonde sur le principe général d'après lequel les tribunaux français sont naturellement compétents pour connaître des litiges nés entre Français, quand bien même le défendeur n'aurait ni domicile ni résidence en France. Cette compétence ne lie pas le demandeur. Elle est seulement facultative. Le tribunal de la Seine a eu l'occasion d'appliquer récemment ce principe dans l'affaire Sinçay (2). Le défendeur avait tenté de soulever l'exception d'incompétence en soutenant que son domicile légal était en Belgique ; l'exception fut rejetée. On peut seulement reprocher à cette dernière décision de donner un caractère trop obligatoire et général à la compétence des tribunaux nationaux, en affirmant, par exemple, « qu'il est de jurisprudence incontestée que les Français même domiciliés ou résidant à l'étranger sont justiciables des tribunaux français ». Ce mot de « justiciable » ferait croire à une compétence exclusive, tandis qu'elle n'a nullement ce

(1) Bourlier, Cass. Req., 12 février 1916, S. 18-19, I. 137 et la note de M. Cassin.

(2) Sinçay, Seine, 9 février 1921, Cl. 1921, 176.

caractère et qu'elle se trouve simplement facultative pour le demandeur.

B. — Un seul des époux est français, l'autre est étranger.

1^o) le Français est demandeur.

L'art. 14 C. C. qui a pour but de dispenser le plaideur français de porter son action devant un tribunal étranger permettra de citer le défendeur étranger devant un tribunal de France. Cet article parle d'obligations *contractées* par un étranger. Si des doutes ont pu s'élever sur l'application de la disposition en matière non-contractuelle, la question est résolue à présent dans le sens de l'extension de l'art. 14 à toutes les sources d'obligations, et nos tribunaux ont eu à maintes reprises l'occasion de l'invoquer à propos du divorce et de la séparation de corps. Dès 1893, la Cour de Paris, dans l'affaire Ménabrea (1), a déclaré qu'en matière purement personnelle, l'étranger défendeur peut être traduit devant les tribunaux français à la requête d'un demandeur français. Même solution donnée par la Cour de Montpellier dans l'affaire Bordes (2). Les lois de plus en plus nombreuses qui permettent à la femme mariée de conserver la nationalité (3) qu'elle possédait avant son mariage vont rendre l'art. 14 très important dans la pratique et son application fréquente. Déjà en 1915 dans l'affaire Ma-

(1) Paris, 12 mai 1893, Cl. 93, 847.

(2) Montpellier, 19 février 1900, D. P., 1901, 2, 25.

(3) Cf. Époux de nationalité différente au Chap. II ; Conflits de lois.

gnère (1) le tribunal de la Seine avait permis à une femme française qui avait épousé un Chilien dont elle n'avait pas pris la nationalité d'assigner son mari en France bien qu'il fût domicilié au Chili et qu'elle-même n'eût point de domicile en France. Une décision semblable fut rendue dans l'affaire Georgion (2) ; il s'agissait ici d'une Française et d'un Grec dont le mariage célébré devant l'officier d'état-civil en France était inexistant au regard de la loi grecque parce qu'il n'y avait pas eu de cérémonie religieuse à l'église orthodoxe. La femme restée française avait donc le droit de s'adresser aux tribunaux français pour faire prononcer la dissolution de son mariage contracté avec un étranger suivant la loi française. Les mêmes principes furent appliqués dans l'affaire Stoyanovitch (3) où le mari était serbe et tout dernièrement dans une affaire où le mari était ottoman (4). On sait que suivant une jurisprudence constante la femme française épousant un sujet ottoman garde sa nationalité française.

L'art. 14 qui en matière contractuelle fait souvent échec à la règle de droit commun, d'après laquelle la compétence est déterminée par le domicile du défendeur, aura moins souvent ce résultat, lorsqu'il s'agira d'une demande en divorce, ou en séparation de corps, et que les deux époux seront domiciliés en France, puisque chez nous le domicile légal de la femme mariée est celui de son mari.

(1) Seine, 18 décembre 1915, *Cl.* 1916, 601.

(2) Seine, 19 novembre 1920, *Cl.* 1921, 184.

(3) Trib. d'Orange, 11 décembre 1920, *Rev.*, 1922-23, 307.

(4) Seine, 28 avril 25, *Gaz. des Trib.*, 1925, 2, 814.

2^o) le Français est défendeur.

L'art. 15 C. C. permet à l'étranger demandeur de citer la partie française devant un tribunal français. A première vue il semblerait qu'il y ait là une faveur faite à l'étranger, une contre-partie de l'art. 14. L'interprétation que la jurisprudence a donnée de cet art. en matière contractuelle est tout autre : il n'y pas là pour l'étranger une simple faculté mais une règle obligatoire et qui constitue un privilège au profit du Français. Le plus souvent cette disposition n'aura d'autre effet que l'application normale de la règle *actor sequitur*... Il en serait autrement si le défendeur français était domicilié à l'étranger ; la compétence de l'art. 15 étant fondée sur la nationalité, le Français pourrait alors être distrait des juges de son domicile et traduit devant un tribunal français. Il ne peut être dérogé à cette règle que lorsque le défendeur a renoncé à son privilège en acceptant le débat devant le tribunal étranger.

Nous ne connaissons pas de décision qui fasse application de l'art. 15 à une demande en divorce ou en séparation formée par un étranger contre un Français. MM. Bartin (1), Audinet (2) et Sarville et Arthuys (3) sont d'avis que l'art. 15, comme l'art. 14, s'applique, quelle que soit la cause de l'obligation du Français, envers l'étranger. Si l'occasion s'en présentait, nos tribunaux suivraient certainement l'interprétation qu'ils

(1) Cours professé par M. Bartin à la Faculté de Droit de Paris, 1926-1927.

(2) Audinet, *Droit International privé*.

(3) Sarville et Arthuys, *Droit International privé*.

ont adoptée pour l'art. 14. Le raisonnement de la Cour de Douai dans l'affaire Bourlier (1) prouve qu'elle n'avait pas de doutes sur l'application de l'art. 15 en matière concernant l'état des personnes : pour se déclarer compétente dans une demande en divorce entre deux Français, elle s'appuyait sur cet art. 15 qu'elle considérait comme a fortiori applicable lorsque le Français domicilié à l'étranger était assigné par un individu français comme lui.

Une jurisprudence bien établie admet le droit pour le Français de renoncer au bénéfice des art. 14 ou 15.

C. — Les deux époux étrangers sont domiciliés de fait en France

C'est ici que l'évolution de la jurisprudence vers une meilleure application des principes de droit international privé apparaît le plus nettement. Les anciens arrêts voyaient dans le droit d'estimer en justice un droit civil qui, en l'absence de traité diplomatique ou d'admission à domicile, devait être refusé à l'étranger. Cette théorie aboutissait logiquement à distinguer l'action par laquelle on fait valoir un droit devant les tribunaux de ce droit lui-même : distinction absurde puisqu'il ne s'agit pas de personnes qui étant incapables d'agir par elles-mêmes doivent se faire représenter par autrui. La nouvelle jurisprudence a compris qu'il n'y avait pas là une question de capacité, mais de compétence et que

(1) Bourlier, Cass. Req., 12 fév. 1916, S. 18-190. 1, 137.

tout le problème consistait à rechercher devant quel tribunal, français ou étranger, le droit litigieux devait être débattu.

Déjà à la fin du siècle dernier, nos tribunaux pour élargir la sphère de leur compétence, s'étaient inspirés d'une idée généreuse : celle d'éviter un déni de justice à l'étranger mis dans l'impossibilité de trouver un juge dans son pays d'origine. Cette jurisprudence s'est fait jour pour la première fois dans l'affaire de la princesse de Looz Corswaren (1) bientôt suivie par l'affaire Garlet (2). Le principe est encore invoqué fréquemment par nos tribunaux et assez récemment dans l'affaire Réchad Halliss Bey (3) les juges se sont fondés sur lui pour prononcer le divorce de Réchad Halliss condamné à mort par les autorités de son pays et réfugié en France. Mais cette idée de déni de justice n'est-elle pas une base bien fragile pour fonder la compétence d'un tribunal et ne doit-on pas lui accorder seulement la valeur d'une ressource exceptionnelle ? Certes il convient d'apprécier l'initiative bienfaisante qui a puissamment contribué à orienter la jurisprudence vers une meilleure solution des questions de compétence, mais il faut maintenant trouver une règle plus juridique. La question demeurant placée sur son véritable terrain, celui de la compétence, la règle normale en matière juridictionnelle — *actor sequitur* — devrait conserver l'importance qui lui est due dans

(1) Looz Corswaren, Seine, 6 juin 1890, *Cl.* 90, 483.

(2) Garlet, Paris 8 août 1890, *Cl.* 90, 890.

(3) Réchad Halliss, Seine, 16 avril 1924, *Rev.*, 1925, 138.

l'ordre international. L'incompétence ne serait plus, suivant l'expression de M. Niboyet (1), qu'un signe de respect dû à l'étranger lorsqu'il a son domicile hors du pays.

A l'heure actuelle, si le défendeur n'établit pas qu'il a conservé son domicile dans son pays d'origine, nos tribunaux rejettent l'exception d'incompétence. La Cour de Cassation dans les arrêts Hart, Slater et Klein (2) a posé en principe que le demandeur étranger peut être admis à plaider sans que son adversaire puisse lui opposer l'exception d'incompétence (3) lorsque le défendeur étranger, domicilié de fait en France, a perdu tout domicile à l'étranger. Si au contraire le défendeur justifie qu'il a conservé à l'étranger un domicile qui puisse lui assurer des juges, le tribunal devra se déclarer incompétent (4).

D. — Cas particuliers de compétence

Examinons maintenant quelques cas particuliers de compétence :

Domicile autorisé. — La question de la compétence

(1) Note sous Cass., 10 nov. 1920.

(2) Req., 29 juillet 1912 et 25 juin 1918 ; Civ. 10 nov. 1920 ; D. P., 1925, 1, 127. Même solution. Douai, 29 janv. 1924, Roach, Cl. 1924, 398.

(3) L'exception d'incompétence doit être à peine de déchéance soulevée devant le président du Tribunal *in limine litis*. Le président est compétent pour statuer sur cette exception. Req., 10 fév. 1925, Gould, D. P., 1925, 1, 73.

(4) Robertson c/id., Seine, 20 juin 1922, Rev., 1922-23, 491. Smidt Pollex c/id., Seine, 26 avril 1923, Cl. 1923, 850.

des tribunaux français entre étrangers ne se pose pas lorsque ces étrangers ont en France un domicile autorisé. Ces étrangers sont alors assimilés aux Français quant à la jouissance des droits privés.

Traités et conventions.

a) *Traité franco-suisse.*

Le traité franco-suisse s'applique-t-il aux actions en divorce et en séparation ? Si l'on admet l'affirmative, on pourra invoquer l'art. 2 qui statue pour le cas où demandeur et défendeur sont domiciliés dans un même pays dont ils ne sont pas les ressortissants. On décidera en ce cas que les époux suisses domiciliés en France pourront s'adresser aux tribunaux français pour faire prononcer leur divorce et les époux français domiciliés en Suisse aux tribunaux suisses. Mais doit-on ranger les actions en divorce et en séparation de corps dans les « contestations en matière personnelle et mobilière » visées par les art. 1 et 2 du traité ? La plupart des auteurs ne l'ont pas cru. M. Pillet (1) incline à penser que « la disposition de l'art. 2 du traité de 1869 est relative aux seules actions pécuniaires » et qu'elle est par conséquent étrangère aux actions qui nous occupent. La jurisprudence depuis l'époque où le divorce a été rétabli en France jusqu'à la date de la mise en vigueur de la Convention de La Haye s'est prononcée généralement en faveur de l'incompétence. Non seulement elle n'a pas cru devoir appliquer le traité aux actions en divorce ou en séparation, mais elle s'est in-

(1) Pillet, *Droit International privé*, vol. I, § 290.

terdit de connaître de ces actions en vertu des principes généraux. Elle invoquait à cet effet l'art. 11 du traité en vertu duquel « le Tribunal suisse ou français devant lequel sera portée une demande qui, d'après les articles précédents, ne serait pas de sa compétence, devra d'office et même en l'absence du défendeur, renvoyer les parties devant les juges qui en doivent connaître ». A l'heure actuelle nous croyons que la situation est modifiée. L'évolution de la jurisprudence vers un élargissement de la compétence dans les litiges entre étrangers a réagi sur l'interprétation du traité franco-suisse. Sous peine de placer les plaideurs suisses dans une situation moins favorable que les autres plaideurs étrangers, nos tribunaux ont dû renoncer à leur interprétation de l'art. 11 et se déclarer compétents soit en vertu du traité, soit en vertu des principes généraux. Un important jugement du tribunal de la Seine, de 1918, dans l'affaire Martignier (1) décide que l'art. 1^{er} de la Convention franco-suisse s'applique aux actions en divorce et en séparation et que par suite le tribunal français du domicile des époux suisses est compétent pour connaître d'une demande en divorce formée par le mari contre sa femme. On signale aussi plusieurs autres décisions rendues entre 1920 et 1924 relatives à des époux suisses, et transmises au Département fédéral de Justice et de Police pour mention en marge de l'acte de mariage (2). Plus

(1) Martignier, Seine, 22 nov. 1918, *Rev.*, 1921, 511.

(2) Voir Secrétan, le Divorce et la Séparation de corps dans les relations franco-suisse. *Journal des Tribunaux et Revue Judiciaire*, juillet-août 1925, p. 415.

récemment encore, la Cour d'Amiens a fondé la compétence du tribunal français saisi d'une instance en divorce, sur le traité franco-suisse (1).

b) Traité franco-belge du 8 juillet 1899.

Celui-ci appliquant des principes bien supérieurs à ceux qui ont inspiré le traité franco-suisse assimile au point de vue de la compétence les Belges en France et les Français en Belgique aux nationaux du pays. Le traité s'applique aux actions concernant l'état des personnes. Ainsi chaque fois qu'un litige est soulevé en France entre Belges ou en Belgique entre Français, le tribunal ne saurait refuser de juger en raison de l'extranéité des parties et le for de la partie défenderesse sera compétent.

c) Autres Traités.

La clause de libre et facile accès ou celle de la nation la plus favorisée se trouve dans quelques conventions générales telles que le traité franco-portugais du 9 mars 1853, le traité franco-espagnol du 7 janvier 1862 et le traité franco-danois du 9 février 1910.

L'inégalité qui pèse sur les étrangers disparaît donc, en ce qui concerne les Portugais, les Espagnols et les Danois. Un échange de notes du 16-28 juillet 1892 assure le traitement de la nation la plus favorisée aux Français en Grèce et aux Hellènes en France. L'une ou l'autre de ces clauses se trouve en outre dans la plupart des traités de commerce. Ce sont : les traités avec le Chili du 15 septembre 1846, le Pérou du 9 mars 1861,

(1) De Graffenried, Amiens, 9 avril 1926, *Cl.* 1927, 388.

le Nicaragua du 11 avril 1859, le Mexique du 27 novembre 1886, le Libéria du 17 avril 1852, la Roumanie du 6 mars 1907. Plusieurs de ces traités (Chili, Pérou, Nicaragua) ont été dénoncés, mais la dénonciation n'a d'effet qu'à l'égard des dispositions relatives au commerce et à la navigation et non à l'égard des articles qui consacrent les relations de paix et d'amitié. Pour les nationaux de ces pays, l'incompétence de nos tribunaux serait supprimée. Le tribunal de la Seine l'a affirmé, tout au moins en ce qui concerne les Chiliens, dans l'affaire Polanco (1).

Enfin un assez grand nombre d'autres traités de commerce ont été passés des dernières années avec les pays nouveaux (2). Ils contiennent tous la clause de libre et facile accès. Une difficulté spéciale peut se présenter à leur égard. La plupart ont été mis en vigueur provisoirement par décret et sans attendre la ratification des Chambres. Le décret est inconstitutionnel et n'obligerait pas les tribunaux (3).

E. — Divorces d'étrangers soumis à des lois confessionnelles

Une question importante qui a été très débattue est celle du droit pour les étrangers dont le mariage est soumis, quant à sa formation et son mode de dissolution, à une loi religieuse, de s'adresser aux tribunaux français pour faire prononcer leur divorce. Pendant

(1) Polanco, Seine, 23 mai 1900, *Cl.* 1900, 993.

(2) Voir les Tables annuelles du J. O.

(3) Voir pour plus de détails : Basdevant. *Traité et Conventions en vigueur entre la France et les Puissances étrangères*, 1918-1922.

longtemps nos tribunaux ont décliné leur compétence. Ils se fondaient sur ce que la loi nationale des parties impose une juridiction religieuse et des conditions de fond ou de forme en opposition avec l'ordre public français. Puisque l'examen des questions d'ordre religieux leur est interdit, ils ne pouvaient connaître de ces actions. Et lorsqu'une discrimination aurait été nécessaire, nos tribunaux confondaient le plus souvent en une même déclaration d'irrecevabilité les demandes d'étrangers de nationalités et de religions les plus diverses, Russes israélites et orthodoxes, Grecs, Ottomans, etc. En 1921, un revirement qu'on ne peut que louer, se produisit à propos de l'affaire Bermann. Il eut une répercussion sur toute la matière des divorces confessionnels et semble avoir fixé définitivement le droit. Nous allons tenter de passer en revue pour les ressortissants des différents pays, les décisions les plus importantes.

Russie. — a) Epoux israélites.

Sur une demande en divorce formée par une dame Levinçon le défendeur avait soutenu que les juges français n'avaient pas qualité pour prononcer le divorce entre Russes appartenant au culte judaïque, qu'en tout cas le divorce d'après le statut personnel des époux ne pouvait exister que par leur consentement mutuel, que ce consentement faisant défaut, l'action en divorce n'était pas recevable. La thèse prévalut devant la Cour de Paris et la Cour de cassation la confirma. Les règles de compétence et les formes de procédure de la loi

française sont bien applicables aux litiges intéressant les étrangers, mais si la loi nationale des parties impose des règles particulières qui se trouvent en opposition avec l'ordre public français, l'instance doit aboutir à une déclaration d'irrecevabilité, puisqu'elle ne peut être jugée ni d'après la loi étrangère qui ne peut recevoir son application en France, ni d'après la loi française qui ne peut lui être substituée (1). Une nouvelle demande d'israélites russes, dans l'affaire Rosenbaum (2) fut également rejetée par le tribunal de la Seine sur les conclusions de M. le Substitut Sauteraud. Le tribunal déclara qu'il ne s'agissait pas dans l'espèce d'un conflit portant uniquement sur la procédure, que les règles qui ont soustrait ces matières à la connaissance des tribunaux civils ont un caractère d'ordre public et touchent au fond même du droit. L'affaire Tournansky (3) fut jugée suivant les mêmes principes. Quinze jours après cette dernière décision le tribunal de la Seine (1^{re} Chambre) revenait à des opinions meilleures dans l'affaire Bermann (4). M. le Substitut Sugier fit remarquer que dans sa note sous Paris 17 mars 1902 M. Martin n'estime pas que les règles de procédure du divorce des étrangers soumis à des lois confessionnelles soient des questions de fond régies par le statut personnel des intéressés. L'institution n'a

(1) Paris, 29 mai et 30 oct. 1905, *Cl.* 1905, 1006, 17 mars 1902, *Cl.* 1903, 342 et note de M. Barbier, *D.* 1903, 2, 49. Pour les différentes décisions dans l'affaire Levinçon cf. *Cl.* 1909, 1.

(2) Seine, 18 nov. 1911. *Cl.* 1912, 192.

(3) Tournansky, Seine (8^e Chambre), 9 déc. 1921, *Cl.* 1922, 116.

(4) Bermann, Seine, 24 déc. 1921, *Cl.* 1922, 117.

gardé l'apparence de la répudiation que dans la forme. Or, c'est par les règles de fond qui régissent une institution que nous devons la caractériser. Le tribunal prononça le divorce.

On ne peut qu'approuver ce changement de la jurisprudence. Admettre, comme l'avait fait la Cour de cassation dans l'affaire Levinçon, que la juridiction française manque de pouvoir pour prononcer le divorce entre époux israélites russes, parce que ce pouvoir est exclusivement réservé par la législation russe aux autorités religieuses, c'était consacrer un empiètement sur la souveraineté française. Lorsque la loi nationale pousse ses exigences jusqu'à prétendre déterminer le caractère de la procédure à appliquer, la jurisprudence française n'a pas à en tenir compte. Le *lex fori* est seule applicable à la procédure. Admettre encore que les tribunaux français en déclinant leur compétence n'avaient fait que se conformer à la règle qui régissait l'état et la capacité des étrangers selon leur loi nationale, c'était adopter des notions d'état et de capacité qui ne sont pas celles de la loi française, c'était faire sienne une qualification étrangère. Les tribunaux français n'ont pas à tenir compte de certaines dispositions de lois étrangères à caractère encore exclusivement ou partiellement confessionnel, qui imposent à leurs ressortissants pour la célébration ou la dissolution de leur mariage le recours à certaines formes religieuses, même dans les pays où ces formes ne sont pas admises. Chez nous la législation du divorce est sécularisée. Le divorce fonctionne abstraction faite de toute différence

entre les rites religieux. Si le divorce fonctionne dans le pays d'origine, nos tribunaux n'ont pas à se soumettre aux exigences confessionnelles de la loi nationale (1).

b) Epoux orthodoxes.

Même évolution de la jurisprudence. Le jugement dans l'affaire Stankiewiez (2) dit : « Il est constant que d'après la loi russe un divorce ne peut être prononcé que par un tribunal ecclésiastique auquel un tribunal de droit commun ne saurait se substituer ». Cependant on aurait pu remarquer que le divorce des Russes orthodoxes qui est prononcé par un tribunal ecclésiastique jugeant conformément à la loi civile ne peut pas s'assimiler entièrement au divorce des Israélites russes qui consiste plutôt dans l'accomplissement de certains rites. Dix ans plus tard, dans l'affaire Titoff (3) le tribunal reconnaît que les formalités religieuses sont une question de procédure et que dès lors le divorce étant demandé en France, la procédure française doit être substituée à la procédure religieuse du statut des époux. Il prononce le divorce.

Depuis la décision Bermann qui au point de vue des principes conserve toute sa valeur, est intervenue le 28 octobre 1924 la reconnaissance du Gouvernement de l'Union des R. S. S. par le Gouvernement français. Cette reconnaissance oblige les tribunaux français à appliquer dans les questions d'état aux personnes citoyennes de l'Union leur statut personnel tel qu'il est

(1) Cours professé par M. Bartin à la Fac. de Droit de Paris, 1926-27.

(2) Stankiewiez, Seine, 13 juillet 1911.

(3) Titoff, Seine, 11 juin 1921, *Cl.* 1921, 525.

défini par les lois soviétiques. On sait que d'après la loi russe actuelle le mariage est un contrat purement civil et les distinctions provenant de la confession religieuse à laquelle appartient l'intéressé sont supprimées. L'objection tirée du caractère religieux de la loi ne peut donc plus être invoquée. Une seule question peut se poser à l'égard de Russes domiciliés à l'étranger : sont-ils bien citoyens de l'Union, ou, en d'autres termes, n'ont-ils pas été déclarés déchus du droit de cité de l'Union ? Aux termes du § 4 du décret du Comité central exécutif de l'Union en date du 29 octobre 1924, sont considérés comme citoyens de l'Union les personnes dont le père et la mère ou l'un d'eux étaient citoyens de l'Union, quel que soit le lieu de naissance de ces personnes. Mais suivant le par. 12 de ce même décret combiné avec les dispositions d'un précédent décret du 28 octobre 1921 sont déchues du droit de cité de l'Union les personnes qui ont séjourné à l'étranger plus de cinq ans sans interruption, à la condition que ces personnes n'aient pas reçu avant le 1^{er} mars 1922 un passeport des représentants des Soviets à l'étranger. En ce qui concerne les Russes résidant en France ce délai de cinq ans ne peut courir que du jour de la création de cette représentation. Or la reconnaissance par la France datant de 1924, ce n'est qu'en 1929 que certains Russes pourraient être considérés comme définitivement étrangers à l'Union (1).

(1) Chiger, Paris 30 avril 1926, *Cl.* 26, 944. Un jugement du trib. de la Seine du 8 juillet 1926, *Cl.* 27, 394, semble cependant considérer certains Russes comme déjà déchus de la qualité de citoyens de l'Union et leur appliqué la loi de leur domicile français.

Autriche. — Pour les sujets autrichiens il n'existait pas de raison sérieuse pour nos tribunaux de décliner leur compétence. On sait que la loi autrichienne attribue à l'autorité judiciaire la connaissance des demandes en divorce ou en séparation de corps de ses nationaux à quelque culte qu'ils appartiennent. Dans l'affaire Klein (1) la séparation de corps d'époux autrichiens israélites est prononcée.

Pologne. — a) Epoux israélites.

Dans trois affaires assez récentes, Zawieroukha (2), Anker (3) et Kohn (4), la Cour de Paris s'est déclarée compétente pour prononcer le divorce entre israélites polonais. La solution ne pouvait guère faire doute. Aux termes des lois polonaises du 13 juin 1825 et du 16-26 mars 1836, suivant le certificat de coutume délivré par le Consulat Général de Pologne, le divorce est prononcé en Pologne par les tribunaux civils et si l'avis du Ministre du Culte israélite sert de base aux délibérations du tribunal, celui-ci « peut tenir compte des circonstances secondaires et ne s'inspirer dans ses appréciations que du sentiment de justice et des dispositions générales de la loi ».

b) Epoux catholiques.

Ils ne peuvent pas divorcer.

(1) Klein, Cass. Req., 29 juillet 1912, *Rev.*, 1920, 143.

(2) Paris, 15 janv. 1925, *Rev.*, 1925, 358.

(3) Paris, 10 mai 1922, *Cl.* 23, 540.

(4) Paris, 23 mars 1922, *Cl.* 22, 125.

Grèce. — a) Grecs orthodoxes.

Les deux jugements que nous connaissons, appartenant à la période qui suit l'arrêt Levinçon, ne manquent pas de reproduire les raisons habituelles en faveur de l'incompétence. Malheureusement leur argumentation, pour bonne qu'elle puisse paraître, pêche par la base. Dans l'affaire Caracanda (1), le tribunal de Marseille refuse à bon droit de prononcer la séparation de corps inconnue du droit hellène mais il commet l'erreur d'affirmer que « la matière du divorce relève de l'autorité religieuse qui seule peut prononcer la rupture du lien conjugal ». Le Tribunal de Saint-Etienne dans l'affaire Tsicocakis (2) commet la même erreur. On sait au contraire que si le mariage en Grèce est religieux, le prêtre orthodoxe remplissant les fonctions d'officier d'état-civil, le divorce est prononcé par les tribunaux civils. Dix ans plus tard, le Tribunal de la Seine dans l'affaire Basialadis (3) applique correctement la loi et n'hésite pas à se déclarer compétent, « attendu que suivant la procédure instituée en Grèce par l'art. 686 du C. Procéd. Civ. grec et les statuts du Saint-Synode de 1852, art. 17, les tribunaux de première instance ou la Cour d'Appel rendent un jugement ou arrêt qui ne constitue pas un simple avis juridique donné à l'autorité religieuse mais une décision ayant la force de la chose jugée qui prononce le divorce ou rejette la demande, que la loi grecque ne fait pas résulter la disso-

(1) Marseille, 7 mai 1908, *Cl.* 09, 189.

(2) St.-Etienne, 27 décembre 1911, *Cl.* 14, 184.

(3) Seine, 20 novembre 1920, *Cl.* 21, 185.

lution du mariage d'un acte rituel, mais d'une décision rendue par les juges du droit commun ».

b) Grecs israélites.

La loi du 24 juin 1920 a abrogé en ce qui concerne les israélites les dispositions de la loi du 1^{er} février 1914 portant que toutes les questions concernant le mariage des israélites sont réglées par leur loi religieuse. La loi du 26 août 1924 a abrogé pour eux l'art. 686 C. P. C. et soumis leurs demandes en divorce à la procédure des affaires ordinaires. Il semblait par conséquent que la compétence des tribunaux allait de soi. Un doute a pu surgir cependant à cause de l'existence en Grèce de communautés israélites ayant une existence légale. Ces communautés ont été organisées par les lois du 27 juillet et 2 août 1920 et les israélites membres de ces communautés relèvent du tribunal religieux de Beth-Diu qui a juridiction pour décider en dernier ressort de la dissolution du mariage sur la base de la loi mosaïque. Dans une affaire Sciaky (1) la Cour de Paris a eu à se prononcer sur la question. Sciaky qui était né à Salonique et prétendait être membre de la communauté israélite de cette ville, avait objecté l'incompétence du tribunal. Nos juges déclarèrent avec raison que, pour bénéficier des dispositions applicables aux israélites d'une communauté, il faut établir que l'on réunit les conditions exigées par les lois qui ont créé ces communautés et en particulier « demeurer *sédentairement* en Grèce ». Or, Sciaky était établi à Paris et devait donc

(1) Sciaky, Paris, 29 déc. 25, Cl. 26, 937.

être considéré comme un sujet hellène, relevant par son statut personnel de la loi commune hellénique et comme tel justiciable des tribunaux français. La compétence de nos tribunaux était donc certaine.

Turquie. — Depuis la mise en vigueur du nouveau C. C. ottoman (1) qui établit le mariage civil et supprime toute distinction tirée de la confession religieuse des intéressés l'objection tirée antérieurement du caractère religieux de la loi ne pourra plus faire obstacle à la compétence de nos tribunaux, même en ce qui concerne les Grecs et les Israélites puisque ceux-ci ont renoncé au privilège de conserver leur statut personnel.

B. — SYSTÈME FONDANT LA COMPÉTENCE
SUR LA RECONNAISSANCE DE CETTE COMPÉTENCE
PAR LE PAYS D'ORIGINE

Suisse. — L'art. 61, chiffre 7, litt. *n* du titre final du C. C. suisse est ainsi conçu : « Un époux étranger qui habite la Suisse a le droit d'intenter son action en divorce devant le juge de son domicile, s'il établit que les lois ou la jurisprudence de son pays d'origine admettent la cause de divorce invoquée et reconnaissent la juridiction suisse. » En laissant de côté la partie du texte qui se rapporte au conflit de lois, nous voyons que pour fonder la compétence du tribunal suisse,

(1) *Bulletin de la Législation turque*, n° 31, Ministère de la Justice.

deux conditions sont nécessaires : le demandeur doit être domicilié en Suisse et la juridiction suisse doit être reconue par les lois ou la jurisprudence nationales du demandeur.

Ce sont là les principes généraux de compétence posés par le C. C. suisse. Des traités conclus avec certains pays, en particulier le traité franco-suisse de 1869 et la Convention de La Haye ont dérogé à ces dispositions.

Les rapports de la Suisse avec les pays envers lesquels elle n'est pas liée par des traités seront donc régis par le droit commun de l'art. 61, 7, *h*. Les tribunaux suisses seront compétents pour prononcer le divorce ou la séparation d'Anglais et d'Américains, domiciliés en Suisse, puisque la compétence du tribunal du lieu du domicile et la reconnaissance des jugements émanant de ce tribunal sont les principes sur lesquels repose la jurisprudence anglo-américaine (1). Les tribunaux suisses seront encore compétents pour prononcer la séparation de corps d'époux espagnols (2) domiciliés en Suisse, l'Espagne reconnaissant la juridiction suisse. Il en sera de même pour le divorce d'époux russes (3). Suivant un décret, en date du 6 juillet 1923, rendu par le Commissariat de la Justice du peuple russe, tout divorce d'époux russes prononcé à l'étranger conformément aux lois qui sont en vigueur sera reconnu dans

(1) Bound *c/ id.*, C. de Justice Civ. de Genève, 8 fév. 1913, *Cl.* 1914, 1381.

(2) C. *c/S.*, T. F., 12 juin 1924, *Rev.*, 1925, 448.

(3) Circulaire du 31 mars 1925 du Dep. Féd. de Justice et de Police (Feuille féd. suisse du 8 avril 1925, p. 157).

la R. S. F. S. R. Peu importe où et quand le mariage dissous a été contracté, à moins que la dissolution ou la nullité du mariage d'un ressortissant russe n'ait été prononcée pour des motifs de forme contre le gré des deux époux. Au contraire, les tribunaux suisses ne seront pas compétents pour prononcer le divorce d'époux polonais, le jugement d'un tribunal étranger ne jouissant pas en Pologne de l'autorité de la chose jugée en l'absence d'un traité diplomatique, ni le divorce d'époux autrichiens, hongrois ou tchécoslovaques.

Les rapports de la Suisse avec la France soulèvent un très gros problème de compétence. La Convention de La Haye est hors de jeu puisqu'elle a été dénoncée par nous le 1^{er} juillet 1914. La compétence des tribunaux suisses à l'égard de Français domiciliés en Suisse sera-t-elle alors régie par le droit commun de l'art. 61 ? Si oui, les tribunaux suisses considéreront-ils que les lois ou la jurisprudence reconnaissent la juridiction suisse ?

La première question se complique du fait de l'existence du traité franco-suisse du 15 juin 1869. C'est l'art. 2 du traité, visant les personnes de même nationalité domiciliées dans l'Etat dont ils ne sont pas les ressortissants qui s'appliquerait à notre matière puisque nous admettrons qu'il s'agit d'époux tous deux français. Cet article permet d'assigner devant les tribunaux suisses les Français domiciliés en Suisse et devant les tribunaux français les Suisses domiciliés en France. Mais les actions en divorce et en séparation de corps sont-elles visées par le traité ? Les ferons-nous entrer dans les « contestations en matière mobilière et per-

sonnelle » de l'art. 1^{er} ? La jurisprudence fédérale s'est toujours prononcée, avant la conclusion de la Convention de La Haye comme après sa dénonciation, contre l'application du traité aux actions en divorce et en séparation (1). Dans ces conditions, le Français qui veut introduire une demande en divorce devant le tribunal de son domicile suisse doit établir la compétence de ce tribunal suivant le droit commun de l'art. 61 T. F. du C. C. suisse. Il devra établir que la jurisprudence française reconnaît la juridiction suisse. Or, si la jurisprudence française admettait d'une façon générale que les tribunaux du domicile à l'étranger sont compétents pour prononcer le divorce d'un Français qui s'est volontairement soumis à leur juridiction, elle faisait précisément une exception, tout au moins dans la période précédant la Convention de La Haye, à l'égard de la Suisse. Elle interprétait l'art. 11 du traité comme autorisant les tribunaux à connaître des seuls litiges que leur attribuait le traité, à l'exception de ceux dont ils pourraient connaître en vertu des principes généraux.

Le Tribunal Fédéral dont son célèbre arrêt Motard (2) rendu en 1917 a posé en principe que les juges suisses, saisis d'une demande en divorce d'époux étrangers, devaient examiner d'office leur compétence et qu'en l'état actuel de la jurisprudence française les jugements rendus en Suisse entre Français domiciliés dans ce

(1) Arrêts du T. F. dans les aff. Surrugues, 18 oct. 1878, *Cl.* 1879, 96 et Ficon, 15 nov. 1886, *Cl.* 1887, III.

(2) Motard, 28 juin 1917, *Cl.* 1918, 4, *Rev.* 1918, 184.

pays n'étaient pas reconnus en France. Les arrêts Zimmermann (1), Bernheim (2) et Carteron (3) ont adopté le même point de vue.

Les considérants de l'arrêt Motard pouvaient avec raison affirmer « que les parties n'ont cité aucun jugement français rendu depuis la Convention de La Haye sur le divorce et que l'on ne connaît pas de jugement semblable reconnaissant la compétence des tribunaux suisses pour prononcer le divorce d'époux français domiciliés en Suisse ». La situation changea par la suite et dès 1918 nous trouvons un jugement du tribunal de la Seine dans l'affaire Devezeau de Rancogne (4) accordant l'exequatur « en conformité avec les articles 16 et 17 de la Convention franco-suisse » à un jugement du tribunal de Genève qui prononçait le divorce entre époux français. Ce jugement fut presque aussitôt suivi d'un autre émanant du tribunal de Moutier dans l'affaire Richard-Marguerettaz (5), qui lui aussi accordait l'exequatur à un jugement suisse prononçant le divorce entre époux français. Néanmoins l'arrêt Zimmermann, rendu en 1920, déclare que « le jugement d'un tribunal français de première instance, versé au dossier par la demanderesse, ne saurait constituer la preuve que la jurisprudence française concernant la reconnaissance des jugements suisses de divorce pro-

(1) 2 juin 1920, *Rev.*, 1921, 553.

(2) 22 mars 1921, *Rev.*, 1921, 555.

(3) 25 janv. 1924, *Cl.* 1924, 1144.

(4) Seine, 17 mai 1918, *Cl.* 1919, 263.

(5) Moutier, 27 juillet 1918, cité par M. Secrétan, *op. cit.*, p. 440.

noncés entre époux français domiciliés en Suisse ait été modifiée depuis que le Tribunal Fédéral a rendu son arrêt dans l'affaire Motard ». L'arrêt Bernheim suit la même jurisprudence en l'appliquant aux Alsaciens-Lorrains devenus ressortissants français.

Les deux jugements d'exequatur cités plus haut rendus en 1918 furent suivis d'au moins treize autres, entre autres un jugement du tribunal de la Seine dans l'affaire Koeger (1), et un arrêt de la Cour d'Appel de Colmar du 16 décembre 1924 dans l'affaire Inwiller (2) qui reconnaissent nettement la compétence des tribunaux suisses pour prononcer le divorce entre époux français, soit en vertu de la Convention franco-suisse, soit en vertu des principes généraux. On trouve bien un refus d'exequatur dans l'affaire Aude-Giroud, mais il s'agissait d'un jugement auquel le défendeur avait acquiescé, ce qui est contraire à l'ordre public français (3).

En même temps que la jurisprudence se décidait à reconnaître les jugements rendus par les tribunaux suisses, elle élargissait la sphère de compétence des tribunaux français à l'égard des plaideurs étrangers. Un mouvement très net s'est dessiné en ce sens depuis la fin de la guerre. A l'égard des plaideurs suisses, spécialement, nos tribunaux semblent renoncer à se déclarer incompétents en vertu de l'article 11 du traité (4).

(1) Seine, 30 janv. 1924, *Rev.*, 1954, 389.

(2) Voir la liste donnée par M. Secrétan, *op. cit.*, p. 440.

(3) Art. 249 C. C.

(4) Voir Conflit de juridictions, France, p. 216, et l'affaire

Ces considérations seraient propres, semble-t-il, à amener un revirement de la jurisprudence du Tribunal Fédéral. Il faut d'ailleurs remarquer qu'à part quelques décisions isolées les juridictions cantonales n'ont pas suivi la voie tracée par le T. F. D'ailleurs le dernier arrêt fédéral sur la question, dans l'affaire Carteron (1), ne constitue pas nécessairement une confirmation de la jurisprudence précédente, bien que les juges se soient prononcés en faveur de l'incompétence. L'arrêt a été rendu par la section de droit public, saisie d'un recours contre un jugement incident non susceptible par conséquent de recours en réforme. Il décide qu'il n'y a pas lieu de rechercher si les nombreuses décisions françaises rendues depuis la dénonciation de la Convention de La Haye constituent une preuve suffisante de la reconnaissance de la juridiction suisse par la France en matière de divorce, car les prononcés d'exequatur invoqués se rapportent tous à des jugements rendus entre parties qui avaient été d'accord pour se soumettre aux tribunaux suisses, tandis que, dans l'espèce, l'un des époux avait décliné leur compétence. La porte est donc ouverte à un revirement de la jurisprudence fédérale. A n'en pas douter il se fera d'ici peu.

La Convention de La Haye du 12 juin 1902 sur le divorce et la séparation de corps règle encore les rap-

Martignier, Seine, 22 novembre 1918, *Rev.*, 1921, 411, ainsi que l'arrêt de la Cour d'Amiens du 9 février 1926. *Cl.* 27, 388 dans l'affaire de Graffenried.

(1) Carteron, 25 janv. 1924, *Cl.* 1924, 1141.

ports de la Suisse avec les pays suivants : Hollande, Luxembourg, Allemagne, Suède, Roumanie, Italie, Hongrie, Portugal. Pour les ressortissants de ces pays, il est donc inutile de rechercher si les lois ou la jurisprudence du pays d'origine reconnaissent la compétence du tribunal suisse, puisqu'un des buts de la Convention est précisément de reconnaître cette compétence. Il ne reste donc que la condition du domicile. On sait que la Convention s'exprime ici autrement que le C. C. suisse. Au lieu d'attribuer compétence uniformément au for du demandeur comme le fait l'art. 59, l'art. 5 de la Convention déclare que, lorsque d'après leur loi nationale les époux n'ont pas le même domicile le tribunal du domicile du défendeur sera compétent. Mais cette disposition de la Convention ne vise que la compétence internationale et si les parties sont toutes deux domiciliées en Suisse, le pays où l'instance est intentée, ce sera à la loi locale à régler le conflit de compétence entre juridictions dépendant d'elle et en application de l'art. 144 le tribunal compétent sera celui de la partie demanderesse près du tribunal de son domicile.

Certains pays réservent à leurs seuls tribunaux la connaissance des causes de divorce et de séparation intéressant leurs nationaux. La Convention de La Haye respecte cette compétence exclusive. La clause jouera dans les rapports de la Suisse et de la Hongrie qui ne reconnaît pas les jugements rendus à l'étranger entre époux dont l'un au moins est un national hongrois.

Nous ajouterons pour terminer que la législation

suisse compte parmi celles qui assurent toujours à leurs nationaux un juge sur le territoire national, quel que soit le domicile des époux. « Le conjoint suisse habitant l'étranger, dit l'art. 61, 7, g, T. F. du C. C. suisse, peut intenter une action en divorce devant le juge de son lieu d'origine. »

Allemagne. — La préoccupation de voir les jugements rendus entre étrangers reconnus par les tribunaux nationaux de ces étrangers est également présente dans le droit allemand. Le C. Procéd. Civ. allemand est cependant allé moins loin dans cette voie que n'est allé le droit suisse.

L'art. 606 al. 1 de la Z. P. O. attribue compétence d'une manière générale au tribunal du domicile du mari. C'est par exception à cette règle que l'al. 4 déclare que lorsque les deux époux sont étrangers les tribunaux allemands devront se déclarer incompétents si leur compétence n'est pas reconnue par les tribunaux nationaux du mari. Ainsi la demande en divorce d'une femme autrefois allemande, devenue autrichienne puis tchécoslovaque par son mariage, contre son mari tchécoslovaque, a été rejetée en vertu de l'al. 4, parce que les tribunaux tchécoslovaques sont seuls compétents dans les procès intéressant l'état de leur ressortissants (1). Seront rejetées pour la même raison les demandes d'époux autrichiens.

L'application de l'al. 4 n'a pas manqué de soulever

(1) Oberlandesgericht Karlsruhe, 11 novembre 1920, Böhms Z. 30, 397.

de nombreuses difficultés. On a pu se demander, tout d'abord, si cet alinéa jouait alors que l'incompétence des tribunaux étrangers n'était nulle part clairement mentionnée dans la loi du pays étranger, mais qu'en pratique les tribunaux étrangers refusaient de reconnaître les jugements allemands. C'est précisément le cas pour l'Autriche dont la Cour Suprême déduit l'incompétence des tribunaux étrangers du § 81, n° 3 de l'E. O. autrichien du 27 mai 1896, suivant lequel l'exequatur doit être refusé au jugement qui modifie l'état d'un sujet autrichien. Le R. G., jugeant que la disposition de l'al. 4, art. 606 Z. P. O. avait pour but d'éviter les conflits, s'est prononcé dans le sens de l'incompétence (1). Auparavant il s'était déjà prononcé dans le même sens pour la Hongrie (2). Les tribunaux allemands seraient probablement incompétents également pour prononcer le divorce d'époux polonais (3). Par contre la compétence pour les litiges concernant les époux russes est certaine, ainsi qu'entre ressortissants anglais ou américains domiciliés en Allemagne, puisque le système anglo-américain de compétence et de reconnaissance des jugements est entièrement basé sur le domicile. En ce qui concerne leur compétence entre époux français nous penchons pour l'affirmative pour les mêmes raisons que celles que nous avons indiquées à propos de la compétence entre époux français des tribunaux suisses.

(1) R. G., 15 juin 1914, IV, 618/13.

(2) R. G., 20 octobre 1910, J. W., 1911, p. 55.

(3) Cf. p. 229.

La jurisprudence du R. G. subordonne l'application de l'al. 4 au cas où le mariage est reconnu comme valable par la loi du pays du mari. Un exemple de ce cas nous est fourni par une espèce assez récente (1). Un Russe avait épousé une femme hongroise devant l'officier de l'état civil de Berlin. Les deux époux étaient israélites. La célébration religieuse manquant, le mariage n'était pas reconnu par la loi russe. Le tribunal ne chercha pas à résoudre la question de la nationalité de la femme. Il se déclara compétent par le raisonnement suivant : la loi nationale du mari considérant le mariage comme nul, elle doit rester étrangère à la question du divorce. L'application de l'al. 4 était écartée et l'on retombait dans le droit commun de l'al. 1^{er}.

L'al. 4 ne trouve pas davantage application si l'un des époux est étranger et l'autre « heimatlos ». Le mot « étranger » de l'al. 4 signifie celui qui appartient à un état étranger, celui qui a une nationalité étrangère et non celui qui a perdu la nationalité du Reich (2). Prenons un exemple : une femme allemande israélite avait épousé un israélite turc devant l'officier de l'état civil. Elle perdait sa nationalité allemande du fait de son mariage, mais elle ne prenait pas la nationalité de son mari, puisque l'intervention du Rabbín manquant, le mariage ne pouvait être considéré comme valable en Turquie. Le R. G. (3) se déclara compétent pour connaître de la demande en divorce suivant la règle posée

(1) R. G., 16 novembre 1922, *Rev.*, 1924, 249.

(2) R. G., 17 décembre 1908, IV, 442/08.

(3) R. G., 16 décembre 1920, *Cl.* 1924, 214.

par l'al. 1^{er} de 606 Z. P. O. Cet alinéa attribue compétence d'une manière générale au tribunal du domicile du mari et l'al. 4 qui établit une exception pour le cas où les époux seraient étrangers ne trouve pas son application dans l'espèce.

Le critérium du domicile, adopté par l'al. 1^{er} Z. P. O., s'efface devant celui de la nationalité dans l'al. 2 du même article qui vise les trois cas suivants :

1^o Le mari est allemand ;

2^o Le mari a perdu la nationalité d'Empire alors que la femme l'a conservée ;

3^o Les époux ont tous deux perdu la nationalité d'Empire et le mari n'a pas acquis une autre nationalité.

Dans ces trois cas et quel que soit le domicile des époux, le droit allemand leur assure un juge sur son territoire. La compétence de ce juge est facultative si le mari est domicilié à l'étranger. Elle devient exclusive si le mari a son domicile dans le Reich.

La Convention de La Haye est demeurée en vigueur pour l'Allemagne dans ses rapports avec la Suisse, les Pays-Bas, la Suède, la Hongrie et le Luxembourg. Les principes adoptés par la Convention en matière de compétence ne diffèrent pas sensiblement des règles générales édictées par l'art. 606 Z. P. O. Notons cependant que, d'après l'art. 5 de la Convention et contrairement à l'art. 606 Z. P. O. al. 1^{er}, l'étranger qui n'a pas le même domicile que sa femme ne peut plus porter sa demande devant le tribunal de son propre domicile mais doit la porter devant le tribunal du domicile du défendeur.

Suède. — La loi réglant les rapports de droit international privé en Suède est celle du 8 juillet 1904, modifiée par la loi du 12 novembre 1915 (1). Ici, comme dans le droit allemand et le droit suisse, les dispositions concernant la compétence des tribunaux suédois entre étrangers se sont efforcées d'éviter que des jugements contradictoires fussent rendus dans le pays du domicile et dans le pays d'origine.

Le critérium général de compétence est le domicile du défendeur. S'il a son domicile dans le royaume on pourra intenter contre lui une action en divorce ou en séparation de corps. En cas d'abandon malicieux d'un des époux par l'autre ou si l'époux coupable a quitté le royaume postérieurement aux faits allégués dans la demande, celle-ci pourra être introduite auprès du tribunal de l'ancien domicile lorsque les époux ont eu en même temps leur domicile en Suède.

Mais, « si la loi nationale des époux reconnaît aux seules autorités de leur pays, d'une manière générale ou dans certains cas, le droit de statuer sur les demandes en divorce ou en séparation de corps, la demande — dit l'art. 1^{er}, al. 2 — intentée en violation d'une telle prescription ne sera pas recevable dans le royaume, à moins qu'il ne s'agisse d'un mariage non valable dans le pays des époux ». C'est la Convention de La Haye (Art. 5, al. 4) qui a servi de modèle à cette disposition, mais il semble bien que le texte de la Convention et celui de la loi suédoise ne doivent pas

(1) Réau, *Lois suédoises*.

être interprétés de la même manière. Le texte de la Convention vise selon toute probabilité une disposition formelle de la loi étrangère réservant à ses tribunaux les causes intéressant ses nationaux. Pour la loi suédoise, au contraire, l'opinion dominante veut qu'on ne se contente pas, pour se décider en faveur de la compétence, de l'absence de réserve expresse dans la loi étrangère. Lorsqu'aucune disposition législative générale, telle que celle de l'art. 59,7 g tit. fin. C. C. suisse, n'accorde une reconnaissance de principe aux jugements étrangers de divorce, les tribunaux suédois exigent du demandeur la preuve, tirée de la pratique jurisprudentielle de son pays, que les tribunaux nationaux reconnaîtront le jugement rendu par les tribunaux suédois (1). La charge de la preuve peut parfois, on le voit, être particulièrement lourde.

La Suède a adhéré à la Convention de La Haye. Celle-ci règle donc ses rapports avec l'Allemagne, la Suisse, les Pays-Bas, le Luxembourg, l'Italie, la Hongrie, la Roumanie et le Portugal.

Hongrie. — Les dispositions relatives à la compétence des tribunaux hongrois, dans les instances en divorce ou en séparation de corps, se rapprochent sensiblement des solutions du droit allemand. Si l'art. 639 de Procédure Civile attribue compétence pour les procès matrimoniaux au tribunal dans le ressort duquel les époux avaient leur dernier domicile commun (2),

(1) Karl Satter, *Das Internationale Ehe recht Schwedens*, Böhm's Z. XXXII, 36.

(2) Cour Suprême 8 juillet 1924, *Cl.* 1925, 804.

l'art. 126 de la loi XXXI de 1894 ne permet de saisir le tribunal hongrois, lorsque les époux sont tous deux étrangers, qu'au cas où le jugement serait reconnu comme valable par les tribunaux nationaux des époux (l'art. 606, al. 4 du C. Pr. civ. allemand dit « du mari »).

La compétence des tribunaux hongrois est exclusive, suivant l'art. 115 de la loi XXXI précitée quand il s'agit non plus d'étrangers, mais d'époux dont l'un au moins, a la nationalité hongroise, et nous verrons que dans ce cas le jugement d'un tribunal étranger ne sera pas reconnu. Lorsque les ressortissants hongrois avaient leur dernier domicile commun à l'étranger, le tribunal compétent doit être désigné par la Cour Suprême.

La Hongrie est liée par la Convention de La Haye envers l'Allemagne, la Suisse, les Pays-Bas, le Luxembourg, la Suède et l'Italie (1). Dans ses rapports avec les pays contractants, elle ne peut pas appliquer l'art. 116 de la loi XXXI, puisqu'aux termes de la Convention les tribunaux hongrois sont obligés de juger dans les procès entre les époux étrangers domiciliés dans le pays où siège le tribunal.

(1) La Convention a été remise en vigueur entre la Hongrie et l'Italie par un échange de notes diplomatiques en date du 1^{er} juin 1923 (*Gaz. offic. d'Italie* du 25 août 1923).

C. — SYSTÈME FONDANT LA COMPÉTENCE SUR LE DOMICILE

Angleterre

I. — Compétence des tribunaux anglais en matière
de divorce

La compétence des tribunaux anglais en matière de divorce est déterminée par le domicile (1) des parties au moment de l'introduction de la demande. Elle ne dépend d'aucune autre circonstance. La nationalité des parties, leur domicile au moment du mariage, le lieu de célébration du mariage, l'endroit où le fait constituant la cause de divorce a eu lieu n'influent en aucune façon sur elle. Le principe est fermement établi depuis l'importante décision qui intervint en 1895 dans l'affaire *Le Mesurier* (2). Cet arrêt donna à la jurisprudence une orientation nouvelle (3) qu'elle n'a jamais abandonnée depuis (4).

On cite cependant souvent deux décisions qui font exception à la règle exprimée dans l'affaire *Le Mesurier* : ce sont les jugements de divorce dans les affaires

(1) Sur la notion du domicile en droit anglais voir *Udny c/id.*, 1869, L. R., 1 Sc App. 458 et *Rudd c/id.*, 1924, P. 73.

(2) *Le Mesurier c/id.*, 1895, A. C., 517.

(3) En 1878 dans l'affaire *Niboyet* la majorité de la Cour d'Appel s'était prononcée dans le sens de la résidence.

(4) *Waddigton c/id.*, 1920, 36, T. L. R., 359. *Rayment c/id.*, 1910, P. 271.

Stathatos (1) et de Montaigne (2). Dans la première espèce une femme domiciliée en Angleterre au moment du mariage avait épousé en Angleterre un Grec. Le mariage, valable suivant la loi anglaise, ne l'était pas suivant la loi grecque parce qu'il n'y avait pas eu de cérémonie religieuse à l'église orthodoxe. Le mari retourna en Grèce, où il fit annuler son mariage, et il en contracta un autre. La femme restée en Angleterre demanda le divorce. Bien que les parties ne fussent pas domiciliées et que la Cour ne fût par conséquent pas compétente, des considérations pratiques et humanitaires le lui firent accorder. La femme eût sans cela été victime d'un véritable déni de justice.

Dans la seconde espèce le mari était français et, de retour en France, il fit annuler son mariage contracté en contravention des articles (anciens?) 63, 151, 171, C. C. La même difficulté se présenta. La Cour la résolut de la même façon en accordant à la femme un jugement de divorce.

En examinant la portée de ces décisions, on doit remarquer :

1° Qu'elles visent le cas tout à fait particulier d'un étranger possédant un domicile à l'étranger ou en acquérant un par la suite, épousant en Angleterre une femme domiciliée en Angleterre, le mariage étant valable en Angleterre et nul à l'étranger ;

2° Qu'elle émanent d'une Cour de première instance

(1) Stathatos *c/id.*, 1913, P. 46.

(2) De Montaigne *c/id.*, 1913, P. 154.

et ont été rendues après de graves hésitations en raison de l'injustice de la loi, qu'elles ne suffisent donc pas pour écarter la règle fermement établie de la compétence des tribunaux du domicile ;

3^o Que dans une autre espèce, l'affaire Ramos (1), qui a précédé de peu l'affaire Stathatos, la solution contraire avait prévalu.

De ces trois espèces on peut rapprocher le cas beaucoup plus fréquent de la femme que son mari a abandonnée, alors que les époux étaient domiciliés en Angleterre jusqu'à l'abandon et que la femme continue à résider en Angleterre tandis que son mari a acquis un domicile à l'étranger. Le domicile de la femme mariée, en Angleterre comme chez nous, est celui de son mari et le principe de la compétence du tribunal du domicile conduit à repousser ici la compétence du juge anglais. On trouve cependant au moins une décision en sens contraire. Bertin c/id (2). Nous croyons toutefois qu'elle peut être négligée en raison de l'unanimité des auteurs et de la jurisprudence, d'autant plus que six mois plus tard Lord Gorell dans Parkin c/id (3) ne s'en est pas inspiré.

(1) Ramos c/id. (1911), 27, T. L. R., 515. La femme avait épousé en Angleterre un Mexicain domicilié au Mexique. Le mariage valable en Angleterre était nul au Mexique. Sur la demande en divorce de la femme fondée sur l'adultère, la cruauté et l'abandon du mari, la Cour se déclara incompétente.

(2) Bertin c/id., *Times*, 7 novembre 1905.

(3) Cl. 1924, p. 805.

II. — Compétence des tribunaux anglais en matière de séparation de corps et de restitution de droits conjugaux.

Pour que les tribunaux anglais soient compétents en matière de séparation de corps et de restitution des droits conjugaux, la jurisprudence n'exige pas que les parties soient domiciliées (1). Il s'agit en effet d'une mesure de protection, de police en quelque sorte, et le jugement de séparation n'entraîne pas modification d'état. On a même soutenu, en faussant le but de la théorie de la résidence, que lorsque les parties étaient domiciliées seulement, sans être résidentes en fait, les tribunaux seraient incompétents. L'arrêt de la Cour d'appel (Sir Henry Duke) dans l'affaire *Eustace* (2) a définitivement condamné ce point de vue et mis le domicile et la résidence en matière de séparation de corps, sur un pied d'égalité.

III. — Cas du « co-respondent » domicilié à l'étranger

On se trouve en présence d'un problème délicat lorsque le « co-respondent » (c'est ainsi que les Anglais appellent le complice) dans une action en dommages-intérêts intentée en Angleterre par le mari, est domicilié à l'étranger. Avant l'Act de 1857, le mari devait poursuivre le complice de sa femme par une action

(1) Halsbury. *The Laws of England*, vol. VI, p. 264. Armytage *c/ id.*, 1898, P. 178.

(2) *Eustace c/ id.*, 139, T. L. R., 687, Perrin *c/ id.*, 1914, P. 135.

distincte, devant une Cour de Droit Commun. La compétence de la Cour à l'égard du « co-respondent » était alors celle du droit commun ; aucun doute ne pouvait s'élever à cet égard. La Cour était compétente si le défendeur à l'action était domicilié dans son ressort ou si l'acte délictuel ou quasi-délictuel y avait été commis. L'Act de 1857 qui a permis de greffer la demande en dommages-intérêts sur la demande en divorce ou en séparation de corps a-t-il modifié la compétence de la Cour à l'égard du « co-respondent » ? Pendant longtemps la jurisprudence considéra que le changement n'affectait que la compétence *ratione materiæ* (Cour de Divorce au lieu de Cour de Droit Commun) et n'avait en rien modifié les règles de la compétence internationale qui étaient requises comme auparavant pour la citation d'un « co-respondent » (1). En 1910 un revirement s'opéra dans l'affaire Rayment (2). « Sir Samuel Evans, dit T. Baty, décida qu'on peut citer des extrémités de la terre pour répondre à une accusation de cette sorte. On prétendra que les faits ont eu lieu dans les îles de la Nouvelle-Zélande ; le « co-respondent » peut n'avoir jamais quitté ces îles, il peut en vérité n'avoir jamais vu la défenderesse ni entendu parler d'elle. Pourtant s'il plaît au demandeur de l'accuser il peut être forcé de venir en Angleterre pour défendre au procès dans les conditions les plus défavorables et le

(1) Warwick c/id. et Giovanni, 1907, *Times*, 25 juillet ; Levy c/id. et de Romance, 1908, P. 256 ; Baker c/id. et de Romance, 1908, P. 257. ; Roger c/id. et de Romance, 1908, P. 300 ; Fairfax c/id. et de la Cruz, 1908, 25, T. L. R., 213.

(2) Rayment c/id., 1919, P. 27.

jugement sera probablement rendu exécutoire contre lui dans la colonie. L'affaire Philips c/Batho (1) nous fournit à ce sujet un exemple. Une Cour de l'Inde appliquant le principe de Sir Samuel Evans cite comme « co-respondent » un Anglais qui n'était pas domicilié dans l'Inde et avait définitivement quitté l'Inde. Des dommages-intérêts énormes, Lst. 7.200, furent accordés. Le demandeur suivit ensuite le « co-respondent » en Angleterre et fit exécuter contre lui ce jugement draconien, sans qu'aucune défense soit possible... C'est là, en vérité, une exception extraordinaire au principe de non-responsabilité pour les actes commis à l'étranger. Elle peut devenir le point de départ de nombreux chantages. Sir Samuel Evans avait étayé son jugement sur un cas écossais rapporté par Fraser (1870). Cases in C. of Sess. 3rd Ser. 8 M. 400). Un extrait de ce jugement écossais fera voir à quel point les conséquences qu'il en tirait étaient excessives. Le Conjugal Rights Act... avait dit Lord Kinloch, autorise la citation, mais seulement dans le cas habituel, c'est-à-dire lorsqu'il existe une juridiction compétente. Cet Act suppose la compétence, il ne la crée pas. Pour conférer une telle compétence, il faudrait, une disposition expresse et non ambiguë de la loi, et il n'y en a, à mon avis, aucune de ce genre. Il me semble qu'on n'a jamais voulu donner à la Cour le droit de citer, *de plano*, un délinquant de l'autre bout du globe, qu'il soit ou non soumis à la juridiction de la Cour » (2).

(1) Philips c/Batho, 1913, 3 K. B., 379.

(2) T. Baty, *Polarized Law*, p. 73 et seq.

Malheureusement l'affaire Rayment semble avoir fait jurisprudence (1) et Dicey indique maintenant comme une règle bien établie que tout en ayant un pouvoir discrétionnaire « pour dispenser le demandeur de citer un « co-respondent » étranger ne résidant pas en Angleterre, la Cour est compétente à l'égard de ce « co-respondent », bien qu'il soit évidemment en général impossible de procéder contre lui à des actes d'exécution » (2).

Ecosse. — La doctrine écossaise partant de la théorie pénale du divorce, prétendait que lorsque le « locus delicti » était en Ecosse, les Cours écossaises étaient compétentes. Elle soutenait aussi la théorie plus large, dite du « domicile matrimonial » suivant laquelle un étranger conservant par ailleurs un domicile pouvait par une résidence temporaire en Ecosse avec son époux rendre les Cours écossaises compétentes dans une action en divorce. Ces deux théories sont à présent assez discréditées, bien que le fisc anglais ait encore essayé dernièrement — mais sans succès (3) — de faire revivre celle du domicile matrimonial et même de l'étendre en prétendant qu'un domicile légal autre que celui du mari pouvait exister pour l'exercice de tous les droits et actions de la femme. De l'ancienne doctrine, une seule partie subsiste : un

(1) Dans le même sens, Rush *c/*id., 1920, P. 242.

(2) Dicey, *A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws*, 1922, p. 291.

(3) Lord Advocate *c/*Jaffrey (1921), I. A. C. 146. Voir aussi *Cl.* 1924, 805.

mari domicilié en Ecosse abandonne sa femme et acquiert un domicile à l'étranger : la femme restée en Ecosse peut — les conditions de fond étant réunies — obtenir le divorce en Ecosse. L'abandon a eu lieu en Ecosse et le mari ne peut, par l'acquisition d'un nouveau domicile, enlever à la femme le droit d'obtenir aisément réparation de l'injure. Cette modification au principe du domicile peut s'expliquer, soit par une analogie avec le droit pénal, soit par une exception d'équité à la règle générale.

Dominions. — Dans certains Dominions, les tribunaux seront compétents pour connaître de la demande en divorce d'une femme dont le mari primitivement domicilié dans la colonie a ensuite abandonné son foyer pour acquérir un domicile ailleurs. La loi le dit expressément pour la Nouvelle-Zélande, l'Etat de Victoria, l'Australie occidentale (1). Le Roman-Dutch Law en vigueur dans l'Union Sud-Africaine attribue également compétence aux tribunaux pour ce cas. Ceux-ci peuvent aussi connaître de l'action lorsque le mariage a été célébré dans l'Union Sud-Africaine (2). C'est là une source de conflits avec les tribunaux anglais qui ne reconnaissent pas ces divorces.

Un conflit plus grave, parce que les relations entre le pays et la Métropole sont fréquentes, a éclaté à propos

(1) *New-Zealand*, D. M. C., Act 1908, Victoria M. Act 1915, *Western Australia Div. Amendment*, Act. 1912. Cf. *Abandon et Séparation de fait*, 1^{re} partie.

(2) Renton et Phillimore. *The comparative law of Marriage and Divorce*, 1910, p. 825.

de la compétence des tribunaux de l'Inde anglaise. Suivant l'Indian Divorce Act de 1869 les tribunaux de l'Inde sont compétents pour prononcer le divorce lorsque le demandeur appartient à la religion chrétienne et *réside* aux Indes à l'époque de l'introduction de la demande. L'Act porte en outre que les tribunaux devaient autant que possible se conformer à la pratique de la Haute Cour anglaise. Au moment où cet Act fut passé, le principe du domicile déterminant la compétence n'était pas encore établi en Angleterre, et l'Act entendait certainement autoriser les Cours de l'Inde à se déclarer compétentes entre parties simplement résidentes. En 1895 intervint l'arrêt du Conseil Privé dans l'affaire *Le Mesurier*. Les Cours de l'Inde n'en tinrent pas compte et continuèrent comme par le passé à rendre des jugements prononçant le divorce entre parties non domiciliées. En 1921 dans l'affaire *Keyes c/d, et Gray*, (1) Sir Henry Duke, Président de la Cour de Divorce, refusa de reconnaître la validité d'un jugement rendu dans ces circonstances. Suivant lui, les Cours de l'Inde n'étaient pas compétentes pour dissoudre le mariage d'époux non domiciliés dans l'Inde, et le Parlement indien n'avait pas le pouvoir d'attribuer compétence aux Cours à cet effet. Sans entrer dans un débat qui appartient au droit constitutionnel, on doit faire remarquer avec Dicey (2) que le pouvoir conféré au Parlement Indien par le Indian

(1) *Keyes c/id. et Gray*, 1921, P. 204.

(2) *Dicey, op. cit.*, p. 846.

Councils' Act de 1861 devait certainement lui permettre d'attribuer compétence à ses Cours dans les questions concernant la dissolution du mariage de personnes simplement résidentes. Mais, ceci même étant admis, il est évident que l'Act Indien de 1869 ne pouvait avoir de valeur extra-territoriale et l'on devait en Angleterre refuser tout effet aux jugements rendus en conformité avec cet Act. La situation était singulièrement grave ; de nombreuses personnes qui se croyaient divorcées pouvaient voir se refuser tout effet à leur divorce en Angleterre. On ne trouva de remède que dans un recours au pouvoir législatif ; le Indian Divorces Validity Act de 1921 (1) vint valider pour le passé les jugements intervenus.

Etats-Unis. — La compétence en matière de divorce est déterminée aux Etats-Unis par le domicile des parties au moment de l'introduction de la demande et, pas plus qu'en Angleterre, on ne prend en considération la nationalité des parties, le lieu de la célébration du mariage, ou l'endroit où s'est produite la cause du divorce. Il en est de même, contrairement à la doctrine et à la jurisprudence anglaises, pour la séparation de corps (2).

Chacun des Etats de la Confédération a le pouvoir de régler les conditions dans lesquelles ses tribunaux seront compétents pour prononcer le divorce ou la séparation. Souvent, à la place du mot domicile, on

(1) *Ind. Div. Validity, Act. 1921, Ann., 1921, p. 9.*

(2) *Minor, Conflict of Laws, § 89.*

trouve celui de résidence. Il faut prendre l'expression dans le sens de domicile et exiger *l'animus manendi* (1). On sait que dans certains cas la femme a le droit d'avoir un domicile distinct de celui de son mari, et l'on trouvera dans presque tous les Etats des dispositions visant l'éventualité où les parties seraient domiciliées dans des Etats différents. D'autres dispositions règlent la durée de la résidence requise dans l'Etat pour fonder la compétence. Ici il convient de remarquer que la compétence internationale ou interprovinciale étant fondée sur le domicile, peu importe, en se plaçant de vue international ou interprovincial, que la résidence ait duré le temps requis par la loi locale (2). Le domicile, dès l'instant où il y a transport effectif de la personne et intention de demeurer, s'acquiert immédiatement.

Lorsque les règles de compétence édictées par chaque Etat auront été observées, le jugement de divorce ou de séparation sera valable sur tout le territoire de l'Etat où il a été rendu. Quant à l'effet qui lui sera reconnu sur le territoire des Etats frères, c'est là une question très importante et très complexe que nous nous efforcerons de résoudre au chapitre de la Reconnaissance des Jugements.

Belgique. — Le principe déterminant la compétence des tribunaux belges à l'égard des étrangers se trouve dans la loi de 1876, art. 52. Cet article ne distingue pas

(1) Marion Smith, *American Bar Association Journal*, avril 1925.

(2) Minor, *op. cit.*, § 89.

entre les actions relatives au biens et celles relatives à l'état et à la capacité. Les tribunaux belges seront compétents pour connaître d'une demande en séparation de corps ou en divorce lorsque le défendeur a en Belgique un domicile ou une résidence (1).

Hollande. — L'art. 262 C. C. néerlandais indique comme juridiction compétente en matière de divorce le tribunal de l'arrondissement où le mari est domicilié. L'art. 266 ajoute une disposition pour le cas d'abandon malicieux : la demande sera alors portée devant le tribunal du dernier domicile commun.

Ces dispositions sont en harmonie avec celles de la Convention de La Haye qui régle les rapports des Pays-Bas avec l'Allemagne, la Suisse, le Luxembourg, la Suède, la Hongrie, la Roumanie, l'Italie et le Portugal.

Signalons en passant un jugement du tribunal de Rotterdam (2) sur l'application de cette Convention. Il contient l'opinion de juges néerlandais sur un cas de conflit de compétence susceptible de se produire partout où la Convention est en vigueur. Une femme suisse abandonnée par son mari à Londres, dernier domicile des époux, était venue s'établir à Rotterdam et là, intenta une demande en divorce en invoquant l'art. 5 de la Convention de la Haye, suivant lequel la demande peut être introduite devant la juridiction com-

(1) *Nicaise c/Uplegger*, Trib. civ. de Bruxelles, 25 janvier 22. *Cl.* 22, 443.

(2) Trib. de Rotterdam, 7 février 1920, (N. J. 1921, 856) *Grotius*, 1921-22, 56.

pétente d'après la loi nationale des époux. Or, la loi suisse accorde, en effet, à l'époux, abandonné dans une intention méchante, le droit d'introduire sa requête auprès du juge de son domicile. Le tribunal de Rotterdam se déclara néanmoins incompétent, parce que la règle de droit suisse invoquée serait une règle de compétence interne, que la loi suisse n'a pu indiquer comme juridiction compétente l'organe d'un état étranger et ce, à plus forte raison, lorsque le tribunal étranger d'après ses propres règles de procédure est incompétent, la loi néerlandaise attribuant compétence en l'espèce au dernier domicile commun des époux.

Autriche. — Les tribunaux autrichiens sont compétents pour prononcer le divorce ou la séparation de corps entre étrangers lorsque le dernier domicile commun des époux est en Autriche (1).

Il semble même que des étrangers qui n'ont jamais eu de domicile en Autriche puissent s'adresser aux tribunaux autrichiens pour faire prononcer leur divorce. La question est controversée en doctrine, mais les tribunaux autrichiens ont à plusieurs reprises affirmé leur compétence. Celle-ci résulterait d'une prorogation volontaire de juridiction. L'arrêt rendu en 1909 par la Cour Suprême (2) est à ce sujet fort instructif. Les époux, dans cette espèce, étaient allemands. Leur dernier domicile commun était Hambourg. Le mari, au début de

(1) Walker, *Internationales Privatrecht*, p. 632.

(2) Cour Suprême, 14 décembre 1909, *Praxis des obersten Gerichtshof*, 1912, n° 310.

l'instance, était domicilié à New-York, la femme résidait à Vienne. Les époux s'étaient mis d'accord pour introduire une demande en divorce basée sur l'art. 115 C. C. autrichien. La Cour jugea que la soumission volontaire des parties suppléait au manque de compétence territoriale du tribunal.

CHAPITRE II

CONFLIT DE LOIS

A. — SYSTÈME DE LA LOI NATIONALE

France.

1° Droit au divorce ou à la séparation de corps et causes.

C'est la loi nationale des époux qui doit décider s'ils ont le droit de demander le divorce ou la séparation de corps, et pour quelles causes ils peuvent demander l'un ou l'autre.

Cependant des juges français ne pourront appliquer un régime inconnu en France, par exemple la suppression de la communauté conjugale du droit allemand. Si par contre il s'agissait d'une institution reconnue par la loi française, telle que la séparation de corps, l'ordre public n'exigerait pas que l'on prononçât la séparation de corps perpétuelle de la loi française ; rien ne s'opposerait à ce qu'on fit application aux époux d'une modalité particulière de leur loi nationale et que l'on prononçât entre eux une séparation de corps temporaire (1).

Quant aux causes pour lesquelles le divorce ou la séparation peuvent être demandés, il n'est pas néces-

(1) Polanco, Seine, 23 mai 1900. Cl. 1900, 993.

saire, contrairement à ce qu'on a cru quelquefois, qu'elles se trouvent inscrites dans la loi française. La jurisprudence française exige seulement qu'elles soient empruntées à la loi nationale des époux et qu'elles ne soient pas en opposition avec l'ordre public du pays du for. La législation française partant de cette idée que le divorce est une procédure de sanction concernant l'inexécution par l'un des époux ou tous deux de certaines obligations résultant de l'état de mariage (1), deux nationaux d'un pays où le divorce par consentement mutuel est autorisé ne pourront en France fonder leur demande sur cette cause.

Une exception apparente existe à l'application uniforme de la loi nationale. On l'appelle le « renvoi ». Il est aujourd'hui chez nous de jurisprudence constante que toutes les fois qu'une loi étrangère doit être appliquée, si, d'après le droit du pays étranger, la loi française était applicable dans pareil cas, c'est cette dernière loi que les tribunaux français appliqueront (2). Ce principe joue dans les rapports entre la France et les pays de droit anglo-américain et hispano-américain pour lesquels la loi personnelle est la loi du domicile. Ainsi le tribunal français saisi d'une instance en divorce entre époux anglais peut et doit appliquer aux parties en cause la loi française (3). Grâce à la théorie du « ren-

(1) Cours professé à la Fac. de Droit de Paris par M. Martin, 1926-27.

(2) Pillet, *Droit International Privé*, vol. I, p. 530.

(3) Pillet, Seine, 11 février 1913, *Cl.* 1913, 1233 où le divorce a été prononcé au profit de la femme pour injure grave.

voi », nous assistons actuellement à un véritable exode d'Américains venus en France pour divorcer, alors que la loi de leur Etat particulier, moins facile que la nôtre — l'Etat de New-York, par exemple, ne permet le divorce que pour adultère — ferait échec à leur demande. On arrive ainsi en pratique au divorce par consentement mutuel puisque les époux, la plupart du temps fictivement domiciliés en France, sont d'accord pour ne pas soulever l'exception d'incompétence, et que la cause invoquée est toujours la même, injure grave sous forme de refus de réintégrer le domicile conjugal. On peut s'indigner de cette prostitution de la loi française au profit d'étrangers venus frauduleusement solliciter la protection de nos tribunaux. Le regretté M. Pillet et les meilleurs auteurs condamnent la doctrine du « renvoi » au moyen d'un argument différent, mais qui est malheureusement, lui aussi, un argument d'ordre sentimental : la théorie du Renvoi donnerait la prépondérance à un système de droit international étranger et signifierait une abdication de souveraineté. Il est difficile de les suivre sur ce terrain... Nous ne voyons pas où est l'abdication de souveraineté, si ce n'est de la part de la loi étrangère en faveur de la loi française. En admettant d'ailleurs que les juges français doivent toujours s'inspirer du système de droit international qui est le leur, on ne voit pas trop comment ils pourraient, pour obéir au système français, appliquer à un Anglais ou à un Américain domicilié en France la loi anglaise ou américaine qui n'est pas plus faite pour lui, dès l'instant qu'il s'est expatrié, qu'elle n'est faite pour des

Allemands ou pour des Russes. Le droit anglais, comme le droit américain, ne contient pas de prescriptions concernant les nationaux domiciliés à l'étranger. Il se désintéresse complètement de la loi qui leur est applicable et tout le droit international privé se résume pour lui en une question de droits régulièrement acquis, dans la matière qui nous occupe en un conflit de compétence. Dès lors comment appliquer à cet Anglais ou à cet Américain un droit étranger inexistant ? On a fait remarquer (1) que la présence de deux systèmes de droit international privé, celui du pays d'origine et celui du domicile, tenait à une conception différente de la nationalité dans les deux groupes d'Etats. Dans les pays de l'Europe continentale se joint, pour donner plus de force à la conception de nationalité, au sentiment d'unité politique celui de lien spirituel, tandis que les Anglo-Américains ne voient dans la nationalité qu'un lien purement utilitaire entre l'Etat et ceux qui vivent sur le territoire et sous la protection de l'Etat. On a proposé, en conséquence, d'avoir deux règles de solution des conflits de lois au regard des deux catégories d'Etats, de même que nous avons deux règles au regard des étrangers possédant une nationalité et des « heimatlosen » ; on appliquerait aux uns leur loi nationale, aux autres la loi de leur domicile. Que l'on envisage la question sous l'angle du renvoi ou sous celui d'une règle subsidiaire de conflit de lois, il

(1) Lerebours Pigeonnière, *Observations sur la question du Renvoi*, Cl. 1924, 877.

est difficile d'aboutir à une solution plus logique que celle de la jurisprudence.

Lorsqu'on doit déterminer dans quelle mesure la loi étrangère est applicable, un doute peut s'élever si les faits invoqués comme cause de divorce se sont passés à l'étranger. Des faits matériels ont partout la même valeur mais quand il s'agira de savoir s'ils constituent une cause de divorce, à la lumière de quelle loi devra-t-on les apprécier ? En France, les tribunaux leur attribueront le caractère que leur donne la loi nationale des parties en cause et nous pensons que si la loi nationale renvoie à la loi du domicile, le renvoi sera accepté. Mais une difficulté spéciale se présentera lorsque le fait invoqué sera une condamnation pénale étrangère. L'opinion générale veut qu'elle ne puisse servir de base à une demande en divorce, parce que les décisions répressives étrangères n'ont aucun effet en France ni même aucune force probante. La condamnation émanet-elle de juges français ? Deux solutions sont possibles. Si la loi nationale considère qu'une condamnation ne peut en aucun cas être une cause de divorce ou de séparation, elle ne pourra servir comme base de divorce. Elle pourra au contraire servir de base à la demande si la loi nationale admet cette cause de divorce et si la condamnation répond aux exigences de la loi nationale.

2° Effets du divorce et de la séparation de corps

Les effets du divorce sont régis par la loi nationale des intéressés au moment de l'introduction de la de-

mande. Cependant un point délicat est celui de fixer la loi applicable à la pension alimentaire, car en matière de divorce cette pension est une réparation, tandis qu'en matière de séparation de corps elle est en même temps une obligation. Faisant prévaloir pour la séparation de corps le caractère d'obligation, on soumettra la pension alimentaire à la loi nationale. Quant au divorce, si l'on considère la pension comme une réparation civile la loi nationale ne s'appliquera pas. La pension sera due, suivant M. Bartin (1), en vertu d'une disposition de police civile au sens de l'art. 3, § 1, C. C.

L'ordre public conduira encore à l'application de la loi française lorsqu'il s'agira, par exemple, de mesures de publicité édictées en faveur des tiers. Assez souvent la loi française recevra aussi application grâce au « renvoi ». Ainsi la Cour de Paris a pu défendre à une femme américaine de porter le nom de son ancien mari (2).

La plus grosse difficulté dans la matière des effets du divorce se rencontre à propos du droit de contracter un nouveau mariage. Ce droit doit évidemment être régi par la loi nationale comme tous les autres effets du divorce. Mais que se passera-t-il si l'époux change de nationalité après le divorce ? Appliquera-t-on l'ancienne loi ou la nouvelle ? M. Pillet veut que ce droit soit régi par la loi nationale de l'époux au moment de l'introduction de sa demande en divorce, loi qui régit tous les autres effets du divorce. On peut préférer la

(1) Cours professé par M. Bartin à la Fac. de Droit de Paris, 1926-27.

(2) Grant, Paris, 16 juin 1904, *Rev.*, 05, 146.

thèse de Zitelmann qui détermine ce droit par la loi qui régit la capacité au moment du mariage. Il semble en effet assez difficile d'admettre qu'une femme étrangère à laquelle sa loi nationale défend d'épouser son complice dans l'adultère, ne puisse contracter avec lui un mariage valable lorsqu'elle a pris une autre nationalité ou lorsqu'elle a été, par exemple, réintégrée dans la nationalité française. La question, il est vrai, ne se posera pas en France, pas plus que l'on ne tiendra compte des terdictions de se remarier avant un certain délai qui ont pu être imposées dans leur pays d'origine à des Suisses ou à des Américains — puisque la loi française ne reconnaît pas les incapacités de caractère pénal (1). Mais là où le problème revêt un caractère de particulière gravité, c'est lorsqu'un époux valablement divorcé veut épouser un national d'un pays qui n'admet pas le divorce. Le cas s'est présenté à deux reprises chez nous à propos de Françaises divorcées ayant épousé des Espagnols, et les deux décisions contradictoires qui ont été rendues ont fait l'objet de nombreux commentaires. La décision du tribunal de la Seine dans l'affaire Montoriol (2) semble bien être la bonne. Le tribunal rejeta la demande en nullité formée par le mari espagnol par ce motif que l'aptitude au mariage de personnes de nationalités différentes doit être appréciée pour chacune d'elles suivant sa loi nationale. Or, l'Espagnol était

(1) Tribunal Civil, Marseille, 25 novembre 1925, *Zetchevitich*. Refus d'exeq. en France d'un jugement serbe subordonnant un nouveau mariage à l'autorisation de l'évêque, *Cl.*, 26, 388.

(2) Montoriol, Seine, 5 mai 1919, S. 21-2, 9 et la note de M. Niboyet.

apte suivant la loi espagnole, la Française suivant la loi française. La solution paraît irréprochable. Cependant une grande partie de la doctrine a protesté sous prétexte qu'une incapacité relative frappait l'Espagnol, celle d'épouser une personne divorcée. M. Niboyet qui approuve la solution donnée par le tribunal de la Seine a voulu essayer de la justifier par d'autres motifs. Le tribunal a eu le tort, pense-t-il, de se placer sur le terrain des conflits de lois. C'était un problème de droits acquis. Le divorce avait été valablement prononcé suivant la loi française et constituait un droit internationalement acquis au profit de chaque conjoint. Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de justifier ainsi la solution donnée. Le tribunal a bien jugé en ne tenant pas compte de l'incapacité relative qui frappait l'Espagnol. Cette incapacité relative n'était fondée que sur la conception du mariage dont s'était inspiré un législateur étranger, et nos juges ne pourraient, sans abdication de souveraineté, suborbonner au point de vue d'une loi étrangère la capacité d'un de nos nationaux. La solution du tribunal de Montpellier dans une affaire semblable (1) est à repousser en tous cas. Le jugement conclut à la nullité « attendu que la validité du mariage ne peut être appréciée qu'eu égard à la loi espagnole, puisque l'effet immédiat et nécessaire de cette nouvelle union a été de soumettre l'épouse aux incompatibilités résultant de cette loi » et aboutit à faire régir la capacité de la femme, au point de vue de l'aptitude à con-

(1) Arnero, Tribunal de Montpellier, 18 mars 1920, *Cl.* 1920, 633.

tracter mariage, par la loi du futur mari et non d'après celle de la femme elle-même.

Des conflits de cette espèce pourront encore se présenter avec le Brésil (2). Ils ne se produiront pas avec l'Italie qui bien qu'elle interdise le divorce permet à un sujet italien d'épouser un étranger divorcé.

3^o Conversion de séparation de corps en divorce

Pour que la conversion en divorce de la séparation de corps prononcée entre époux puisse avoir lieu, il faut d'abord que la loi étrangère admette la conversion. Ici, cependant, comme dans les autres cas de conflit de loi, la théorie du « Renvoi », pour les nationaux des pays auxquels elle s'applique, vient renverser la règle et il est probable que nos juges n'hésiteraient pas à prononcer la conversion d'un jugement de séparation rendu entre époux anglais ou américains domiciliés en France, bien que l'institution soit inconnue dans leur pays. Mais si nous laissons de côté l'exception créée par le « Renvoi », la règle générale veut que l'on applique aux étrangers leur loi nationale. On ne pourra donc, par exemple, convertir en divorce un jugement de séparation rendu entre époux italiens, parce que la loi italienne n'admettant pas le divorce ne connaît pas la conversion.

Si, par hypothèse, les deux époux italiens se faisaient naturaliser français, aucun obstacle n'empêche-

(1) *Cl.* 1920, 87 et 1921, 990.

rait que leur séparation fût convertie en divorce. La question s'est présentée pour des époux espagnols et a été résolue par l'affirmative (1). Il est à peu près certain également, devant la récente jurisprudence sur le divorce d'époux dont un seul possède la nationalité française, que nos juges appliqueraient à un époux naturalisé français, ou réintégré dans la nationalité française, sa loi personnelle nouvelle, et que cet époux serait recevable à former une demande en conversion.

Il faut encore, pour que la conversion soit possible, que la demande ne blesse pas l'ordre public français. Ainsi, l'on ne pourrait convertir en divorce une séparation de corps par consentement mutuel. Ni la séparation résultant d'une convention, ni celle qui résulterait d'un procès-verbal relatant le consentement mutuel et ayant fait l'objet d'une homologation par la juridiction gracieuse ne pourraient servir de base, au regard de la loi française, à un jugement de conversion (2). Celle-ci est donc exclue aussi bien pour les jugements de séparation par consentement mutuel du droit italien (la question s'était posée pour une femme italienne réintégrée dans la nationalité française) et du droit autrichien que pour les séparations conventionnelles du droit anglo-américain. Il serait probablement difficile, sinon impossible, d'obtenir un revirement de la

(1) Zabala, Pau, 28 juin 1909, S. 09, 2, 245.

(2) Inglis c/id., Seine, 31 janvier 1924, *Rev.*, 1924, p. 219; Gensoul c/Ferrari, Cass., 6 juillet 1922, *Cl.* 22, 714; D. P., 1922, 1. 137, S. 1923, 1, 5.

jurisprudence sur ce point. On ne voit cependant pas bien en quoi l'ordre public français serait lésé du fait que des époux étrangers obtiendraient sur notre territoire une modification à leur état — modification à laquelle ils ont droit par leur statut personnel.

4^o Epoux de nationalité différente

Ici nous devons distinguer le cas où il y a eu changement de nationalité postérieurement au mariage et celui où les époux n'ont jamais eu la même nationalité. Nous envisagerons d'abord le premier cas :

a) *Changement de nationalité d'un époux.* — Suivant l'opinion de M. Pillet (1), qui était aussi celle de Labbé et demeure celle d'une partie de la doctrine, le mariage célébré sous l'empire d'une législation qui le déclare indissoluble confère à chaque époux un droit régulièrement acquis, au point de vue international, à son indissolubilité. La naturalisation d'un seul des époux demeure « res inter alios acta » et ne saurait modifier en rien ce droit. Les adversaires de cette opinion font remarquer qu'elle repose sur un double postulat : 1^o) le mariage est un contrat, 2^o) l'indissolubilité est un effet du mariage. Il est indiscutable, pensent-ils que la capacité de contracter mariage ou de divorcer fait partie du statut personnel de l'individu, qu'une loi nouvelle (la loi française de 1884, par exemple, qui a rétabli le divorce), ou qu'une double

(1) *Droit International Privé*, vol. I, p. 607.

naturalisation, modifiera ce statut et par conséquent la capacité de contracter mariage ou de divorcer. Pour quelle raison en serait-il autrement d'un changement unilatéral de nationalité? Un époux italien qui devient français voit son statut personnel modifié et se trouve désormais soumis à la loi française. On ne concevrait pas que nos tribunaux pussent logiquement lui appliquer, tantôt la loi française, tantôt — lorsqu'il s'agirait de son mariage — une loi étrangère. Nous voudrions laisser de côté l'argument tiré de l'abdication de souveraineté, mais n'y a-t-il pas quelque chose de véritablement choquant à faire régir la capacité d'un français par la loi d'un pays auquel il n'appartient plus? La jurisprudence a été longtemps divisée. Dès 1896, dans l'affaire Ménabréa (1) le tribunal de la Seine avait admis qu'un époux italien naturalisé français pouvait demander le divorce contre sa femme demeurée italienne. Quelques années plus tard, dans l'affaire Bordes (2), le tribunal de Montpellier déclarait irrecevable la demande en divorce d'un Espagnol naturalisé français. En 1914, dans l'affaire Volpe (3) le tribunal de la Seine affirme à nouveau que la femme française réintégrée peut demander le divorce contre son mari demeuré italien. C'est la première décision rendue sur la question depuis la dénonciation de la Convention de La Haye. L'année suivante le tribunal

(1) Menabrea c/id., Seine, 18 juin 1896, *Cl.* 96,842.

(2) Bordes, c/id., Montpellier, 19 février 1900, *D. P.*, 1901, 2,25 et note de M. Valéry.

(3) Volpe, Seine, 7 juillet 1914, *Cl.* 19, 1069.

de Sousse, dans l'affaire Carmen Fiore (1) déclare que le changement de nationalité d'un seul des époux ne peut préjudicier à l'autre et que la loi personnelle qui a régi les époux jusqu'à la naturalisation demeure seule applicable. Cette vue ne devait pas triompher. Le dernier mot semble avoir été dit par l'arrêt de la Cour de Cassation dans l'affaire Ferrari (2) à propos d'une demande en conversion formée par un époux réintégré dans la nationalité française contre son époux resté italien. Cet arrêt a repris la thèse affirmée deux fois déjà par le tribunal de la Seine et a appliqué à l'époux français son statut personnel français. Si l'instance n'a pas abouti c'est qu'il s'agissait d'une séparation par consentement mutuel, et qu'en France l'ordre public s'oppose — nous l'avons vu — à la conversion en divorce d'une séparation de ce genre. Assez récemment le tribunal de Lyon (3) a eu l'occasion d'appliquer cette jurisprudence et il est probable qu'elle sera définitive.

La question de la loi à appliquer se rattache le plus souvent dans la pratique à celle de la réintégration dans la nationalité française, et le défendeur à l'action en divorce ou en conversion commençait le plus souvent par contester devant nos tribunaux la validité du décret de réintégration intervenu. Devant la récente et si nette jurisprudence de la Cour de Cassation pro-

(1) Carmen Fiore, Trib. de Sousse, 2 décembre 1915, *Rev.*, 18, 96.

(2) Ferrari c/Gensoul, Cass., 6 juillet 1922, D. P., 1922, I. 137, S. 1923, I. 5.

(3) Trib. Civ. de Lyon, 31 janvier 1924, *Rev.*, 1925, 138.

clamant que « le décret de réintégration dans la qualité de française est un acte du gouvernement dont il n'appartient pas aux tribunaux de l'ordre judiciaire d'apprécier la légalité » (1), ce moyen est devenu inefficace.

Il n'était pas sans intérêt, il y a peu de temps encore, de dire un mot sur la pratique de la Chancellerie en matière de réintégration de femmes autrefois françaises. On sait qu'il fallait distinguer deux catégories de demandes. La femme était-elle veuve ou divorcée ? C'est l'art. 19 qui s'appliquait, et le cas n'offrait aucune difficulté spéciale. La femme était-elle encore engagée dans les liens du mariage ? Il fallait avoir recours à l'art. 18. Le texte de cet article et des considérations pratiques et humanitaires faisaient admettre couramment par la Chancellerie les demandes de femmes séparées de corps et même de femmes simplement séparées de fait lorsqu'elles pouvaient faire la preuve de l'abandon de leur mari et qu'elles ignoraient sa résidence actuelle. La loi de 1927 a fait disparaître (Art. 11) toute distinction entre les hommes et les femmes. La controverse relative aux femmes qui ne sont ni veuves ni di-

(1) Ferrari, Tr. civ. de Lyon, 4 mars 1925, D. 26, 2, 73. Même solution dans Inglis, Seine, 31 janvier 1924, D. P., 1924, 2, 38. Dans l'affaire de Graffenried, Amiens, 16 février 1921, D. P., 1922, 2, 44 le tribunal a jugé qu'« aucun texte n'empêchant d'une manière certaine l'autorisation gouvernementale seule qualifiée pour apprécier la légalité des demandes de naturalisation ou de réintégration, de faire droit à la demande d'une femme encore engagée dans les liens du mariage, l'autorité judiciaire a le droit, en cas de refus injustifié du mari, d'accorder l'autorisation nécessaire ».

vorcées est donc éteinte et la pratique de la Chancellerie obtient force de loi.

c) Epoux qui n'ont jamais eu la même nationalité. —
Le principe si longtemps indiscuté suivant lequel la femme perd sa nationalité en se mariant pour prendre celle de son mari a perdu dans les dernières années, par suite du mouvement en faveur de l'émancipation des femmes, la plus grande partie du prestige dont il avait joui jusqu'alors. Il est juste cependant de faire remarquer que si la conservation par la femme de sa nationalité est relativement une nouveauté pour l'Europe, où l'évolution est de date récente, et si, aux Etats-Unis également, la grande loi sur la nationalité des femmes mariées (Cable Act) n'a été votée qu'en 1922, la plupart des législations hispano-américaines n'ont jamais considéré le mariage comme un moyen d'acquérir ou de perdre la nationalité (1).

En France, le principe nouveau a été introduit par la loi du 10 août 1927 (2). Nous serons donc plus fréquemment que par le passé en présence d'époux qui n'ont jamais eu de nationalité commune. Les hésitations qui se produisent lorsqu'un des époux a changé postérieurement au mariage sa nationalité, ne peuvent pas

(1) Voir pour le Cable Act (22 sep. 1922), les lois belges (l. 15 mai 1922), roumaine (l. 23 février 1924), suédoise (l. 23 mai 1924), norvégienne (l. 8 août 1924), danoise (l. 18 avril 1925) et toute la législation actuelle sur la matière, l'ouvrage très complet et très intéressant de G. Calbairac. *La Nationalité de la femme mariée*, 1926.

(2) Cl., 1927, 1213.

exister ici et la jurisprudence a de bonne heure trouvé sa voie. Il y a toutefois des divergences de vue dans la doctrine. Ainsi M. Pillet voudrait qu'on appliquât toujours la loi personnelle du mari. On ne voit cependant pas de bonne raison pour donner la prépondérance au statut personnel du mari et ce n'est pas cette solution qu'a adoptée notre jurisprudence. Elle a préféré dire que le droit au divorce dépend du statut personnel de chacun des époux : ainsi se trouve toujours autorisée une demande en divorce du moment qu'elle est formée par un époux dont le statut personnel lui permet de divorcer. Une femme française qui épouse un Brésilien est fondée à se prévaloir de la loi française, qui est sa loi personnelle, pour demander le divorce, bien que la loi brésilienne n'admette la dissolution du mariage que par la mort (1). Pour prendre un autre exemple, une femme italienne avait épousé un israélite tunisien. Elle avait conservé sa nationalité. Le jugement décide que le droit au divorce dépend du statut personnel de chacun des époux. La femme italienne ne peut demander le divorce contre son mari, le mari israélite tunisien peut répudier sa femme suivant les règles de son statut personnel (2). De même, la femme américaine mariée à un Italien depuis le Cable Act est fondée à invoquer

(1) Amaral Bastos, Seine, 10 avril 1908, *Rev.*, 1913, 860. Même solution dans l'affaire Magalhaès, Seine, 15 avril 1913, *Rev.*, 1913, 361 où il s'agissait de la conversion en divorce d'un jugement de séparation de corps.

(2) Gabison c/Krief, Tribunal de Sousse, 30 juin 1922, *Cl.* 1924, 211.

son statut personnel et notamment les lois de l'Etat d'Indiana qui autorisent le divorce et renvoient leurs ressortissants à l'étranger aux lois du domicile (1).

Belgique

En Belgique, comme chez nous, l'art. 3, par. 3 du C. C. a conduit à l'application de la loi nationale toutes les fois qu'il s'agissait d'état et de capacité, avec l'exception, déjà rencontrée, du « renvoi », à laquelle la jurisprudence belge (2), comme la nôtre, est favorable. Nous pensons donc qu'il n'y a pas lieu d'étudier en détail les solutions apportées par la jurisprudence belge ou qui pourraient être apportées par elle, aux problèmes naissant des conflits de lois, puisque cette jurisprudence interprétant les mêmes textes a suivi un développement parallèle à celui de la jurisprudence française. La dénonciation par la Belgique le 31 octobre 1918 de la Convention de La Haye a assimilé plus complètement encore l'état du droit en matière de conflits de lois dans les deux pays.

Nous tenons cependant à signaler deux décisions intéressantes du tribunal et de la Cour d'Appel de Bruxelles concernant l'ordre public en matière de divorce. Dans son jugement du 3 janvier 1923, le tribunal de Bruxelles (3) a refusé d'appliquer la dispo-

(1) Guglielmi, Seine, 19 janvier 1926, *Cl.* 26, 663.

(2) Trib. Civ. de Bruxelles, 29 novembre 1922, *Bulletin de l'Inst. belge de droit comparé*, 1922, 304. Epoux de nationalité anglaise domiciliés en Belgique ; causes de divorces déterminées par la loi du domicile.

(3) Trib. Civ. de Bruxelles, 3 janvier 23, *Bull. Inst. belge de dr. comp.*, 1923, 146.

sition de la loi chinoise qui n'admet le divorce qu'au profit des hommes. Un arrêt de la Cour d'Appel (1) du 13 juillet 21 tranche un conflit portant sur l'application de la loi nationale — la loi néerlandaise en l'espèce — conflit qui est de nature à se présenter assez fréquemment entre pays limitrophes. Il décide que l'ordre public n'est pas intéressé à ce que l'art. 89 du C. C. néerlandais, portant interdiction pour l'époux adultère d'épouser son complice, soit appliqué en Belgique, alors que l'adultère ne réalise pas les conditions exigées par la loi belge pour constituer *ipso facto* une cause de divorce (commerce adultère dans la maison conjugale). Cette solution semble satisfaisante. D'une part les conditions d'application de l'art. 298 C. C. belge qui contient une disposition analogue à celle du droit néerlandais n'étaient pas réunies et, d'autre part, les incapacités de caractère pénal imposées par une loi étrangère ne doivent pas être prises en considération par la loi du for.

Italie

Les conflits de lois en Italie se trouvent réglés par un texte qui ne laisse aucun doute quant à l'adoption pure et simple, en matière d'état et de capacité, du système de la loi nationale. L'article 6 des dispositions préliminaires C. C. italien dit en effet : « L'Etat et la capacité des personnes et les rapports de famille sont régis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent ». Ce n'est pas là une disposition unilatérale

(1) Cour d'Appel de Bruxelles, 13 juillet 21, *Bull.*, 1922, 36.

faite pour les seuls Italiens, comme celle de l'article 3, par. 3, de notre C. C., et la jurisprudence n'a pas eu à en assurer par un raisonnement *a contrario* le bénéfice aux étrangers : la disposition de l'article 6 est érigée en norme universelle sans distinction entre étrangers et nationaux.

Tel est le principe général, mais, précisément en matière de divorce, il souffre une notable exception. On sait que le divorce n'existe pas en Italie. Il ne peut donc être question pour les étrangers de s'adresser aux tribunaux italiens pour l'obtenir. Le seul problème qui se pose pour eux est celui de savoir si leur divorce, valablement prononcé par les autorités nationales de leur pays, sera reconnu en Italie. L'ordre public ne sera-t-il pas un obstacle ? C'est une question qui se rattache à celle de la reconnaissance des jugements. Bornons-nous à dire ici que la jurisprudence italienne n'a jamais poussé aussi loin le souci de l'ordre public que l'ont fait les tribunaux espagnols, qui ne reconnaissent aucun divorce d'époux catholiques. Elle a cependant cru quelque temps qu'un mariage célébré en Italie sous l'empire de principes admis par le droit italien était indissoluble et qu'on ne pouvait reconnaître et rendre exécutoire en Italie une sentence étrangère prononçant la rupture de ce mariage (1). Ce système n'a pas prévalu et l'adhésion de l'Italie à la Convention de La Haye relative à la séparation de corps et au divorce a fourni un puissant argument à

(1) Cass., Turin, 21 novembre 1901, M. T., 1901, 981, Cl. 1901, 392.

ceux qui soutenaient que le divorce n'était pas contraire à l'ordre public italien.

C'est aux italiens qu'a été particulièrement pénible l'absence de moyens légaux de rompre le mariage. Ne pouvant obtenir le divorce chez eux, ils ont été tentés de s'adresser aux tribunaux étrangers. Dans les pays où le principe de la loi nationale est en vigueur il était inutile d'essayer d'obtenir un divorce. Dans les autres il était possible parfois de le faire prononcer. Mais ce divorce serait-il alors reconnu en Italie ? Non assurément. Restait un dernier moyen, celui de se faire naturaliser en pays étranger et de faire prononcer le divorce, à l'étranger, conformément à la nouvelle loi nationale. Dans ce cas l'on pouvait espérer que le jugement serait reconnu en Italie. C'est le parti qu'ont pris, sous des formes d'application variées, et que prennent encore les Italiens désireux de faire rompre leur mariage. On voit que ce problème de droit international italien si important appartient tout entier au chapitre de la reconnaissance des jugements. Nous le retrouverons là.

La Convention de La Haye continue à régir les rapports de l'Italie avec la Suisse, les Pays-Bas, le Luxembourg, la Suède, le Portugal, la Roumanie. Elle a été remise en vigueur dans les rapports entre l'Italie et la Hongrie par un échange de notes diplomatiques en date du 1^{er} juin 1923 (1).

L'accord entre l'Italie et le Royaume des Serbes,

(1) Gaz. Uff., du 25 août 1925.

Croates et Slovènes du 27 janvier 1924 et le Décret royal du 22 février 1924 (1) ont annexé Fiume au territoire italien. A dater du jour de la publication du décret aucun nouveau divorce n'a pu être prononcé.

Le décret royal du 20 mars 1924 n° 352 a aboli le divorce dans les anciennes provinces autrichiennes devenues territoire italien. Les demandes introduites antérieurement demeurent sans effet, à moins qu'à la date du décret elles n'aient fait l'objet d'un jugement prononçant le divorce et non réformé en appel (2).

Suisse

1° Droit au divorce et causes

En présence d'époux étrangers voulant obtenir le divorce ou la séparation de corps, les tribunaux suisses ont à se demander, tant au point de vue du droit au divorce ou à la séparation qu'à celui de la cause invoquée, si la législation ou la jurisprudence du pays d'origine leur permet de faire droit à la requête (Art. 61, chiffre 7, litt. *h*, du titre final du C. C. suisse). La difficulté qui est susceptible de se présenter chez nous lorsque la séparation du droit étranger n'est pas celle du droit français, a été résolue en Suisse par un texte de loi. L'art. 61, chiffre 7, litt. *i*, précise en effet que le terme séparation de corps comprend « toute institution équivalente du droit étranger ».

(1) Valéry, *La fin des divorces fiumains*. Cl. 1924, 802.

(2) Cass., 18 février 1925, G. I. 1925. I, 1, 783. Voir aussi : Appel Trieste, 22 mai 1924, G. I. 2, 471.

Le même article contient des dispositions concernant le temps où les causes sont intervenues. Lorsque la cause de divorce date d'une époque où les conjoints étaient régis par une loi différente de leur loi actuelle, elle ne pourra être invoquée que si elle est consacrée aussi par la législation sous l'empire de laquelle cette cause est intervenue.

Ici comme chez nous la thèse du « Renvoi » vient parfois faire exception à la règle de l'application de la loi nationale. La jurisprudence lui est favorable. Le divorce de nationaux anglais et américains sera prononcé en conformité avec le droit suisse et alors même que la loi anglaise et américaine ne reconnaîtraient pas la cause invoquée (1).

2^o Effets

C'est à propos des effets du divorce que la jurisprudence suisse diffère le plus de la nôtre. Faisant suite aux dispositions qui concernent l'application aux étrangers de leur loi nationale, l'al. 3 de l'art. 59, 7, *h*, dispose que ces conditions étant remplies, « le divorce d'époux étrangers est d'ailleurs prononcé suivant la loi suisse ». La jurisprudence en a conclu que les effets du divorce ou de la séparation devaient être réglés par la loi suisse (2). Cela présente une importance toute particulière étant données les dispositions un peu spéciales

(1) Bound, C. de Justice civile de Genève, 8 février 1913, *Cl.* 1914, 1381.

(2) Urribarren, 13 juin 1912, R. O. des Arrêts du T. F. 38, II, 49-50 ; Louveton, *Rev.*, 1914, 666.

de ce droit relatives aux effets du divorce et la question a donné lieu à un jugement particulièrement intéressant relatif à l'application de l'art. 151 C. C. suisse qui permet — on se le rappelle — d'accorder à l'époux innocent dont les intérêts pécuniaires, même éventuels, ont été compromis par le divorce, une équitable indemnité et, si le juge l'estime nécessaire, une somme d'argent à titre de réparation morale. Des époux italiens plaidaient en séparation de corps. La femme demandait que le mari fût condamné à lui verser une indemnité en vertu de l'art. 151. Le tribunal de district avait écarté la demande par le motif que l'art. 151 n'est applicable qu'en cas de divorce. On avait fait également remarquer, en ce qui concerne l'indemnité prévue à l'al. 1, que la séparation de corps ne compromet pas les intérêts pécuniaires de l'époux innocent, puisque d'une part le juge peut ordonner le maintien du régime matrimonial (Art. 155) et que, d'autre part, l'obligation d'entretien et les droits successoraux à l'égard du conjoint innocent demeurent intacts. Mais cette considération dans l'esprit des juges ne devait pas s'appliquer à l'indemnité prévue à l'al. 2 et qui sert de réparation au tort moral. Le Tribunal Fédéral fit droit à la demande d'indemnité formée par la femme (1).

3^o Époux de nationalité différente

La Convention de La Haye est demeurée en vigueur pour la Suisse dans ses rapports avec l'Italie, l'Alle-

(1) Colla, 28 mai 1914, Arrêts du T. F. 1914, partie II, p. 305.

magne, la Hollande, la Suède, la Roumanie, la Hongrie et le Portugal. Elle met obstacle, pour les nationaux de ces pays, à ce que des conflits naissent de la dualité de nationalité des époux. Ainsi la demande en divorce d'une femme suisse réintégrée dans son ancienne nationalité est soumise à la dernière législation commune des époux. Le cas de nature à se présenter le plus souvent est celui de la femme suisse mariée à un italien et séparée de corps. L'action tendant à transformer la séparation de corps de ces époux en divorce a toujours été rejetée conformément à la Convention par les juges suisses (1). Cette situation ne manque pas de susciter un grand mécontentement et il ne serait pas surprenant que la Suisse dénonçât avant longtemps la Convention.

Nous ne croyons pas qu'il se soit produit de demande en divorce d'époux de nationalité différente ne relevant pas d'un des pays signataires de la Convention de La Haye, par exemple d'une Française et d'un Américain domiciliés en Suisse. Que déciderait en l'hypothèse le T. F. ? Il faut évidemment distinguer le cas où il s'agirait d'une française mariée avant le Cable Act et ayant par conséquent pris la nationalité américaine et s'étant fait réintégrer ensuite dans sa nationalité primitive. Dans ce cas, pas de conflit possible sur la cause du divorce, si celle-ci date d'une époque où les conjoints étaient régis par la loi américaine : le fait devra être une cause de divorce d'après la loi française et aussi

(1) Arnaboldi, 6 décembre 1917 T. F. 17, 553.

d'après la loi américaine. Si le fait s'est produit après la réintégration de la femme, celle-ci pourra sans doute l'invoquer — étant donné la rédaction du deuxième al. de l'art. 61 chiffre 7. litt. h, qui ne paraît signaler qu'une exception au principe général de l'al. premier — même s'il ne constitue une cause de divorce que d'après la loi française. Que décider pour le cas de plus en plus fréquent où les époux n'ont jamais eu la même nationalité ? La rédaction peu ambiguë du premier al. de l'art 61, 7, h, laisse difficilement croire que les juges suisses adopteraient une jurisprudence différente de celle qu'ont consacrée récemment nos tribunaux.

Hongrie.

L'état et la capacité de l'étranger sont régis en Hongrie par sa loi nationale (Art. 108-iii l. XXXI de 1894). La matière qui nous occupe n'échappe pas, comme nous le verrons pour l'Autriche, à cette règle ; dans les causes matrimoniales le principe semble même avoir une force particulière (1).

Ainsi, lorsqu'un époux a acquis la nationalité hongroise postérieurement à un fait qui, suivant la loi de sa nationalité primitive, aurait pu justifier le divorce ou la séparation de corps et justifie le divorce suivant la loi hongroise, les tribunaux hongrois sont admis à prononcer le divorce (Art. 115, al. premier. l. XXXI de 1894). De même, lorsqu'un tribunal étranger a prononcé la

(1) Géza de Magyary, *Les rapports internationaux du droit privé hongrois*, Cl. 1924, 591.

séparation de corps d'un époux pour une cause qui justifierait le divorce suivant la loi hongroise et que cet époux a ensuite acquis la nationalité hongroise, les tribunaux hongrois pourront prononcer la conversion de cette séparation de corps en divorce, à condition que le délai fixé par la loi hongroise soit écoulé (Art. 115, al. 2) (1).

Ces dispositions ont été la source des nombreux divorces dits de Klausenbourg. Des époux autrichiens catholiques, ou l'un d'eux, se faisaient naturaliser hongrois et demandaient ensuite aux tribunaux de leur nouvelle patrie leur divorce ou la conversion de leur séparation de corps en divorce (2).

On a vu que la Hongrie est liée par la Convention de La Haye envers l'Allemagne, la Suisse, les Pays-Bas, le Luxembourg, la Suède et l'Italie. Dans les rapports de la Hongrie avec les pays contractants, la Convention s'oppose à ce que les tribunaux hongrois fassent application des dispositions sus-mentionnées de l'art. 115 (3). Si un seul des époux a changé de nationalité, c'est la dernière législation commune qui réglera les rapports des époux (Art. 8). Si les époux ont tous deux pris la même nationalité, l'art. 4 fera obstacle à ce que l'on attribue à un fait, qui s'était passé avant le changement de nationalité, le caractère d'une cause de divorce,

(1) Stubenrauch, t. I, p. 106.

(2) Sur la reconnaissance de ces divorces par les tribunaux autrichiens voir : Chap. III. Reconnaissance des jugements, p. 313.

(3) Schwartz, *Die Haager Konventionen über die Eheschliessung Ehescheidung in ihrem Verhältnisse zum ungarischen Privatrecht* (Bohms Z. XXV, 472).

alors qu'il ne l'avait pas sous l'empire de la nationalité primitive.

B. — SYSTÈME DU CUMUL DE LA LOI NATIONALE ET DE
LA LOI DU FOR

Allemagne

1^o Droit au Divorce

Le droit au divorce est régi suivant l'art. 17, al. 1^{er}, E. G. du C. C. allemand par les lois de l'Etat dont le mari est ressortissant au moment de la demande. L'al. 3 du même article introduit une exception pour le cas où les deux époux étaient allemands et où le mari a perdu la nationalité d'Empire tandis que la femme l'a conservée : les lois allemandes recevront alors application.

La disposition générale de l'al. 1^{er} qui, pour la solution des conflits de lois portant sur le droit au divorce, ne prend jamais en considération le statut personnel de la femme, conduit à des résultats assez surprenants. Prenons d'abord le cas de deux époux qui ont une nationalité différente, mais qui sont l'un et l'autre étrangers : 1^o) La femme qui n'a pas acquis par son mariage la nationalité de son mari, la femme italienne, par exemple, mariée à un Américain depuis le Cable Act, se verra accorder en Allemagne le divorce en conformité avec le statut personnel de son mari, alors que suivant son propre statut personnel elle ne

devrait obtenir que la séparation de corps ; 2^o) La femme dont le mari a changé de nationalité pendant le mariage, tandis qu'elle a conservé son ancienne nationalité, se verra soumise à la nouvelle loi de son mari, bien que le changement de nationalité de son mari ne doive affecter en rien son propre statut. Prenons ensuite le cas d'époux dont l'un est « heimatlos » et l'autre étranger. Si c'est le mari qui est « heimatlos », l'art. 29 prévoit l'application de la loi allemande ; si c'est la femme, l'application de l'art. 17, al. 1^{er}, pourra amener cette pénible conséquence : une femme, autrefois allemande, devenue « heimatlos » par son mariage avec un Brésilien, par exemple, se verra appliquer la loi de son mari brésilien et refuser le droit au divorce que la loi allemande lui accorde.

2^o Peut-on prononcer en Allemagne la séparation de corps entre étrangers ?

Lorsque la loi nationale du mari ne connaît que la séparation de corps, la question se pose de savoir si les tribunaux du Reich peuvent prononcer cette séparation qui est inconnue du droit allemand. Une décision de 1901 du R. G. (1) avait prononcé la séparation entre deux époux dont le mari était un catholique autrichien, auquel son statut personnel ne permettait pas le divorce. Les travaux préparatoires de l'art. 17 E. G. démontrent cependant clairement que cette décision n'est pas conforme à l'intention des ré-

(1) 30 avril 1901, R. G., 48, n^o 34, 144.

dacteurs du Code. Un arrêt du 12 octobre 1903 du Zivilsenat du R. G. (1) a consacré la solution opposée et celle-ci ne fait plus de doute à l'heure actuelle.

Du moment que les tribunaux allemands ne peuvent accorder aux étrangers la séparation de corps, pourront-ils au moins prononcer la *Aufhebung* à leur profit ? Une partie de la doctrine (2) est d'avis qu'il y a identité complète entre la *Aufhebung* et la Séparation de corps et répond par l'affirmative. Il est difficile de se rallier à cette opinion, car il existe une très grande différence entre ces deux institutions par le fait que la *Aufhebung* peut à tout moment être transformée en divorce à la demande de l'un ou de l'autre des époux. En réalité il semble qu'on ne puisse en droit allemand accorder ni la séparation de corps, ni la *Aufhebung* à l'étranger à qui son statut personnel ne permet pas d'obtenir le divorce (3).

L'art. 27 E. G. consacre le renvoi et constitue ainsi une exception à l'al. 1^{er} de l'art. 17 E. G. en tant que celui-ci conduit à l'application d'une loi étrangère. Si la loi nationale du mari, dit l'art. 27 E. G., renvoie à la loi allemande, le renvoi sera accepté. Ainsi pour le divorce d'Anglais et d'Américains domiciliés en Allemagne on n'appliquera que la loi allemande.

(1) 12 octobre 1903, R. G., 55/1904, n° 87, 345.

(2) Roguin, *Traité de Droit Civil comparé*, § 191 et 199 ; Kahn, *Bohms*, Z. 05, 167 et seq. ; Travers, *La Convention de La Haye relative au divorce et à la séparation de corps*, p. 75.

(3) Walker, *op. cit.*, p. 595. *Oberlands gericht Düsseldorf*, 12 novembre 1920, D. J. Z., 1921, 376. *Cl.* 1921, 598.

3° Les Causes de Divorce

Les causes du divorce sont celles de la loi nationale du mari (Art. 17, E. G., al. 4), mais le divorce ne pourra être prononcé pour une cause reconnue par la loi étrangère que s'il peut également être prononcé d'après les lois allemandes. Il n'importe pas de savoir si le droit étranger et le droit allemand reconnaissent exactement la même cause de divorce. La loi demande plutôt que ce soit le même état de fait qui justifie le divorce suivant le droit étranger et suivant le droit Allemand (1).

Le droit allemand semble adopter sur ce point une position intermédiaire entre les systèmes de droit qui accordent la prépondérance à la loi nationale des époux, sauf dans le cas où cette loi se trouve en opposition avec une loi considérée comme étant d'ordre public par le pays où siège le tribunal (système français et italien) et les systèmes qui consacrent la suprématie exclusive de la loi du for (Angleterre, Etats-Unis, Hollande, Autriche).

A la règle de l'al. 1^{er}, art. 17, E. G. consacrant l'application de la loi étrangère, corrigée par l'al. 4, l'al. 3 apporte l'exception que nous avons déjà rencontrée en étudiant le droit au divorce : si le mari au moment de l'introduction de la demande a perdu la nationalité d'Empire, mais que la femme l'ait conservée, les lois allemandes recevront application. Lorsque le mari

(1) Walker, *op. cit.*, p. 593, R. G., 27 novembre 1920, D. J. Z., 1920, 314. *Cl.* 1921, 597, Plaideurs français.

est heimatlos sans avoir jamais possédé la nationalité allemande, c'est l'art. 29 qui assurera l'application de la loi allemande. Lorsque le mari possède plusieurs nationalités dont la nationalité d'Empire, c'est encore la loi allemande qui sera appliquée (1).

L'al. 2 de l'art. 17, E. G., prévoit le cas où le mari aurait changé de nationalité avant l'introduction de la demande en divorce mais après un fait qui constitue une cause de divorce d'après sa nouvelle loi nationale. Pour que le divorce soit possible, il faut que le fait ait constitué une cause soit de divorce soit de séparation (2) d'après l'ancienne loi sous laquelle il s'est produit. Il doit avoir conservé ce caractère suivant la nouvelle loi. Nous avons vu qu'une disposition parallèle a été introduite dans le C. C. suisse. Malgré la clarté des termes de la loi il y a un cas cependant où un doute est susceptible de surgir : un mari peut-il introduire une demande en divorce pour aliénation mentale de la femme, alors que la maladie a commencé antérieurement à son changement de nationalité sous l'empire d'une loi qui ne connaît pas cette cause de divorce ? La doctrine allemande admet en général que le mari qui a acquis la nationalité allemande après le commencement de la maladie de la femme peut se prévaloir de cette cause de divorce, car ce n'est pas la survenance de l'état de folie, ni sa durée de trois

(1) Walker, *op. cit.*, p. 591.

(2) Il n'est pas nécessaire qu'il ait constitué une cause de divorce ; il suffit que l'ancienne loi voye en lui une cause de séparation.

ans qui, aux yeux du législateur, en constituent le motif profond, mais bien la perte de tout espoir de voir la communion intellectuelle se rétablir entre les époux (1).

4^o Effets du divorce

Les effets du divorce dépendant de la loi suivant laquelle il a été prononcé, un changement de nationalité sera en général sans influence sur eux. Mais ne trouve-t-on pas chez les auteurs allemands une exception à cette règle précisément pour un des effets les plus importants du divorce, le droit de contracter un nouveau mariage ? Contrairement à la doctrine de de M. Pillet (2), Zitelmann (3) fait dépendre ce droit de la loi qui régit la capacité au moment du nouveau mariage et non de la loi qui régit les effets du divorce. Ainsi l'époux allemand divorcé pour adultère, pourra, s'il prend une nationalité dont la loi ne contient pas pareille prohibition, se remarier avec son complice et son mariage sera valable en Allemagne.

La Convention de La Haye est en vigueur dans les rapports de l'Allemagne avec la Suisse, la Hollande, le Luxembourg, la Suède et la Hongrie.

Les arts. 1 et 2 de la Convention sont d'accord avec l'art. 17 E. G. du C. C. allemand, puisque le droit au divorce, comme ses causes, se détermine aussi bien d'après la loi nationale que d'après la « *lex fori* ». Par « loi nationale » la Convention entendait bien « loi du

(1) Walker, *op. cit.*, p. 593.

(2) Pillet, *op. cit.*, t. I, 627.

(3) Zitelmann, *op. cit.*, t. II, 760.

mari » ; on se rappelle que l'amendement belge tendant à ajouter à l'art. 8 l'al. suivant : « à défaut de législation commune, on appliquera la loi nationale du mari », a été repoussé comme inutile.

Les art. 4 et 8 de la Convention modifient l'art. 17 al. 1 et 2, car la loi allemande n'admet de restriction à l'application de la loi du mari qu'en faveur de la femme allemande. Avec la Convention cette restriction favorable à la femme allemande qui n'a pas pris la nouvelle nationalité de son mari est étendue non seulement à toutes les femmes appartenant aux Etats signataires, mais encore aux deux conjoints.

Suède

Le droit international privé de la Suède tel qu'il ressort de la loi du 8 juillet 1904 modifiée par la loi du 12 novembre 1915, est en grande partie calqué sur les dispositions de la Convention de La Haye qui règle, on le sait, les rapports de la Suède avec l'Allemagne, la Suisse, les Pays-Bas, le Luxembourg, l'Italie, la Hongrie, la Roumanie, le Portugal. Aussi examinerons-nous ensemble le droit commun et le droit de la Convention.

En Suède, comme en Allemagne, les tribunaux tout en reconnaissant, d'une façon générale, la prépondérance de la loi nationale, puisque le divorce et la séparation ne peuvent être demandés par les étrangers que si leur loi nationale les y autorise, ne prononceront le divorce ou la séparation que s'il existe une cause non seulement d'après cette loi, mais aussi d'après la loi

suédoise (Art. 2, al. 1^{er}). Cet article qui a pris pour modèle l'art. 2 de la Convention de La Haye a suscité la même controverse. On s'est demandé s'il suffisait qu'il y ait une cause d'après la loi nationale et une autre d'après la loi du for. Une différence d'interprétation peut devenir particulièrement grave dans les pays scandinaves, où une cause déterminée peut, par exemple, concourir avec le consentement mutuel. Il semble bien que — pas plus que dans les cas où l'on doit appliquer le droit de la Convention — on ne doive admettre cette combinaison de causes. Ce serait mettre sur le même plan des faits complètement hétérogènes et qui représentent deux conceptions totalement différentes du droit du divorce, le divorce envisagé comme une peine infligée à l'époux qui a manqué à son devoir envers son conjoint et le divorce considéré comme la rupture d'un contrat.

Le cas de changement de nationalité des époux est prévu par l'art 2, al. 2 de la loi suédoise qui s'exprime en ces termes : « Si les époux ont appartenu antérieurement à un autre pays étranger, ils pourront faire état des faits passés à cette époque pour obtenir le divorce ou la séparation de corps, si la loi étrangère les autorise également à raison des faits invoqués. » Cette disposition offre des analogies avec celle de l'art. 4 de la Convention, mais on remarquera que l'art. 2 de la loi suédoise ne vise que les époux étrangers (et non des époux antérieurement étrangers devenus suédois) et que l'al. 2 se rapporte à des étrangers qui à l'époque où est intervenue la cause de divorce appartenaient à un

état tiers. On devra alors, suivant cet al. 2, tenir compte de la législation de ce troisième pays, tandis que s'il s'agissait d'étrangers ayant pris la nationalité suédoise, on ne tiendrait vraisemblablement compte, en l'absence de dispositions contraires sur la matière, que du droit suédois.

La Convention de La Haye, au contraire, oblige à tenir compte de la législation du pays primitif, même lorsque les époux introduisent leur demande devant un tribunal national.

On sait que l'interprétation dominante de l'art. 4 de la Convention — et celle-ci n'est pas l'interprétation allemande — n'admet pas l'assimilation des causes de divorce et de séparation et ne permet pas de prononcer le divorce alors que la cause invoquée ne constituait d'après l'ancien droit qu'une cause de séparation de corps. C'est aussi la bonne interprétation pour la loi suédoise (1).

C. — SYSTÈME DE LA LOI DU FOR

Angleterre. Etats-Unis

En Angleterre et aux Etats-Unis, les conflits de lois se présentent sous un aspect bien différent de celui sous lequel nous sommes accoutumés de les considérer. S'il est inexact de dire que le droit international privé anglo-américain est purement territorial, car à bien

(1) Karl Satter, *Das Internationale Eherecht Schwedens*, Böhm's, Z., XXXII, 36.

des égards il a adopté les règles en vigueur en France, en Allemagne ou ailleurs, par contre, en matière d'état et de capacité les tribunaux n'appliquent jamais que la « *lex fori* ». M. H. Bellot ne voit là qu'une aggravation de la notion d'ordre public. Celle-ci revêt le caractère positif que nous retrouverons dans les conflits des lois en Hollande et en Autriche. Dans son cours sur la thèse anglo-saxonne des conflits de lois, professé à l'Académie de Droit International de La Haye en 1924, M. Bellot a pu dire : « C'est ici que réside la différence essentielle entre la thèse américaine et la thèse continentale. Selon la nouvelle école française, belge et italienne, le statut personnel est déterminé par la nationalité mais il est admis, en même temps, que dans tous les cas touchant à l'ordre public local et aux bonnes mœurs, il est déterminé par la loi du domicile. La véritable différence est donc que la thèse américaine considère l'exception continentale comme le principe et le principe continental comme l'exception. L'ordre public détermine la capacité personnelle. »

Peut-être y a-t-il là une explication plus rationnelle qu'historique de la pratique anglo-américaine en matière de conflits de lois d'état et de capacité. Ne serait-il pas plus juste de voir dans cette pratique un reste de la thèse territoriale des lois à laquelle il n'a été fait que des brèches partielles ? On inclinerait à le penser en voyant la liaison constante maintenue entre la juridiction qui prononcera le divorce et la loi suivant laquelle le divorce sera prononcé. Si la nationalité des parties n'est jamais prise en considération, l'ordre pu-

blic n'est pas non plus invoqué. Il n'est possible aux tribunaux d'appliquer que la « *lex fori* » et cette loi sera valablement appliquée toutes les fois que le tribunal sera compétent. On peut dire qu'en matière de divorce et de séparation de corps, le conflit de lois se ramène toujours à un conflit de juridiction.

Hollande

Le principe de la personnalité des lois d'état et de capacité est expressément inscrit dans le droit des Pays-Bas. L'art. 6 de la loi du 15 mai 1829 contient la disposition suivante, analogue à celle de notre art. 3 par. 3 C. C. : les lois concernant l'état, la capacité et les droits des citoyens néerlandais les régissent même résidant en pays étranger. Mais la réciproque est-elle vraie et la jurisprudence néerlandaise applique-t-elle aux étrangers leur loi personnelle ? L'art. 9 de la même loi, aux termes duquel le droit civil est le même pour les étrangers que pour les nationaux, lorsque la loi n'en décide pas autrement, a créé quelques doutes. Mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à la lettre de la loi ; elle en a examiné l'esprit et elle fait avec raison signifier à cet article que l'étranger jouit sans condition de réciprocité de tous les droits civils. La loi n'a nullement entendu soumettre cet étranger au droit local (1).

De ce qui précède on pourrait croire que, dans la matière qui forme l'objet de cette étude, les tribunaux

(1) Jitta, *La jurisprudence des Cours et Tribunaux des Pays-Bas*.

néerlandais feraient application aux parties en cause de leur loi personnelle, que le divorce d'un Belge serait prononcé en conformité avec la loi belge, celui d'un Tchecoslovaque suivant la loi tchécoslovaque. Or il n'en n'est rien. Le principe de la personnalité se heurte ici à l'obstacle de l'ordre public dont la notion prend une force toute particulière. Elle n'a pas seulement l'influence négative qu'on lui connaît dans notre droit et qui tend dans certains cas à refuser une action ; elle exerce une influence positive. Dans son arrêt rendu en matière de séparation de corps entre parties américaines domiciliées à Rotterdam, la Haute-Cour (1) décida que le divorce et la séparation de corps intéressant au plus haut point l'ordre public, le juge néerlandais ne pouvait appliquer que la « *lex fori* ». Elle ajoutait que l'art. 6 de la loi dn 15 mai 1829 portant des dispositions générales ne visait que la reconnaissance d'un état juridique existant et non les modifications apportées à cet état. L'arrêt a été fort justement critiqué.

Le doute semble régner encore à l'heure actuelle dans la pratique. Le tribunal d'Amsterdam dans un jugement en date du 24 mars 1922 (2) prononçait le divorce entre parties belges, parce que la demande était à bon droit basée sur la loi néerlandaise, en ajoutant que la demande devait être accordée aussi « au cas où, par suite de la nationalité belge des parties, la loi belge serait applicable ».

(1) Haute Cour, 13 décembre 1907, W. 8636. ; *Grotius*, 1916, 127 et 1923, 78.

(2) Tribunal d'Amsterdam, 24 mars 1922, N. J., 1922, 348.

Dans ses rapports avec les pays signataires de la Convention de La Haye, la Hollande applique bien entendu le droit de la Convention. Un arrêt rendu par la Cour d'Appel de La Haye (1), avant que la Convention n'ait été dénoncée par la Belgique, porte que le divorce d'époux belges peut être prononcé pourvu qu'il soit satisfait aux conditions des art. 1 et 2 de la Convention de La Haye et ces conditions sont remplies quand la femme a abandonné la demeure conjugale depuis plus de cinq ans, un tel abandon constituant une injure grave d'après le droit belge (Art. 231 C. C. belge) et tombant en même temps sous le coup de l'art. 264 du C. C. néerlandais.

L'application de la Convention de La Haye dans les rapports entre l'Allemagne et la Hollande a suscité un intéressant débat sur l'identité des institutions de la « *Aufhebung* » et de la séparation de corps. On sait que la jurisprudence allemande a nié cette identité. Le tribunal (7 octobre N. J. 1919, 1149) et la Cour d'appel de La Haye (26 janvier 1920 N. J. 1920, 627) avaient fait leur point de vue négatif des juges allemands. Au contraire, la Cour d'appel d'Arnhem ne fut pas de cet avis. Elle distinguait les « *essentialia* » des « *accidentilia* ». Or la dissolution de la communauté conjugale sans qu'il y ait dissolution du mariage serait parmi les « *essentialia* » ; elle serait la principale caractéristique de la « *Aufhebung* » comme de la séparation de corps et permettrait de considérer ces institutions comme

(1) Cour d'Appel de La Haye, 26 juin 1912, *Cl.* 1917, 749,

interchangeables. Le débat fut tranché par un arrêt de la Haute-Cour des Pays-Bas du 25 juin 1820 (W. 10612). La Haute-Cour décidait que la « *Aufhebung* » ne pouvait pas être considérée comme une séparation de corps, mais comme un divorce sous condition suspensive (1).

Autriche

Le caractère positif que revêt la notion d'ordre public lorsqu'il s'agit de mariage et de divorce, caractère que nous avons rencontré dans la jurisprudence néerlandaise, se retrouve dans le droit autrichien.

Primitivement, en application du Hfd. du 23 octobre 1801, on jugeait les demandes en divorce ou en séparation de corps suivant la loi du lieu où le mariage avait été contracté, mais depuis la mise en vigueur du C. C. autrichien qui a abrogé ce décret, la jurisprudence (2) ; à de rares exceptions près, a adopté la « *lex fori* », suivant en cela l'opinion de Savigny et d'Unger qui étayaient leur doctrine sur le caractère d'ordre public des dispositions concernant le mariage (3). Ainsi, des époux juifs hongrois, ou des époux italiens protestants, pourront divorcer en Autriche par consentement mutuel. Bien que la loi nationale ne permette pas le

(1) *Grotius*, 1919-20, p. 25.

(2) 29 avril 1902, *Giunf*, 1870, 7 décembre 1909, *Giunf*, 4818, J. Fuchs, n° 83, 28 décembre 1910, *Giunf*, 5280. Cf. aussi Max Klein, *Örliches Recht in Ehescheidungssachen*, Böhms, Z. 7, 487.

(3) Walker, *Op. cit.*, p. 633.

divorce pour cette cause. ou ne le permette pas du tout, la loi autrichienne sera seule prise en considération.

Tchécoslovaquie

Le système de droit international privé autrichien est demeuré en vigueur dans les pays tchèques. En Slovaquie, les dispositions de la loi hongroise ont été conservées.

CHAPITRE III

RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES JUGEMENTS ÉTRANGERS EN MATIÈRE DE DIVORCE ET DE SÉPARATION DE CORPS

A. — PAYS OU L'ACTION EN EXEQUATUR EXISTE

France. — La question de savoir dans quels cas et dans quelle mesure les jugements rendus par des tribunaux étrangers sont exécutoires est réglée en France par l'art. 2123, § 4 du C. C. qui dit : « L'hypothèque ne peut pareillement résulter de jugements rendus en pays étrangers qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par les tribunaux français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques et les traités » et par l'art. 546 C. Pr. Civ. portant que : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les art. 2123 et 2128 C. C. ».

Une réglementation aussi brève et aussi peu explicite a suscité de longues controverses entre la jurispru-

dence et une partie de la doctrine. On a fait remarquer d'abord qu'il n'était question dans les textes que de la force exécutoire et nullement de l'autorité de la chose jugée et on s'est demandé si un jugement étranger ne pouvait pas produire certains effets, en particulier jouir de l'autorité de la chose jugée indépendamment de l'exequatur. L'exequatur ne serait nécessaire que pour conférer la force exécutoire. L'autorité de la chose jugée existerait grâce à l'accord qui s'est produit entre les parties en vue de soumettre au juge leur différend. On aperçoit la fragilité de ce raisonnement. Il n'est pas toujours possible de parler de contrat judiciaire — que devient ce prétendu contrat lorsqu'il s'agit d'un jugement rendu par défaut ?

La jurisprudence a toujours été très ferme dans son assimilation de l'autorité de la chose jugée à la force exécutoire. Le jugement rendu en pays étranger et qui n'a pas reçu l'exequatur en France n'a pas l'autorité de la chose jugée (1). Ce jugement n'est pas inexistant, mais il n'a que la valeur d'un simple fait.

Telle est la règle générale, mais notre matière, comme nous l'avons constaté souvent, ne fait-elle pas précisément exception à la règle ? Les jugements en matière d'état et de capacité n'échappent-ils pas à la nécessité de l'exequatur ? Oui, dit la jurisprudence, leur effet se produit de plano, sur la simple représentation du jugement et sans qu'il y ait besoin d'engager

(1) Negrotto, Cass., 10 mars 1914, D. P., 1917, 1, 137 et la note de M. Valéry. La même solution a été donnée par la Cour de Lyon, 15 oct. 1920, *Rev.*, 1921, 522.

aucune action. Deux conditions toutefois sont nécessaires : qu'il ne s'agisse pas de procéder à des actes d'exécution et que la teneur des jugements ne soit pas contraire à l'ordre public. On ajoute le plus souvent une troisième condition : le jugement doit émaner des juges nationaux des parties en cause. M. Pillet (1) fait remarquer que c'est là une exigence impossible à maintenir, car elle ne tendrait à rien moins qu'à refuser toute autorité aux décisions des juridictions où le domicile crée la compétence. Nous ajouterons qu'elle rendrait impossible en France la reconnaissance d'un jugement où les parties en cause toutes deux étrangères, par hypothèse, seraient de nationalité différente, cas si fréquent maintenant pour les jugements de divorce. Nous croyons d'ailleurs que cette exigence n'est plus maintenue par nos tribunaux. Elle rendrait impossible également la reconnaissance et l'exequatur de jugements étrangers prononçant le divorce d'époux français et nous savons que nos tribunaux accordent maintenant cet exequatur (2), les autres conditions étant réunies.

Pour faire une exception aussi large à la règle générale qui exige l'exequatur pour tous les jugements, sur quels principes la jurisprudence s'est-elle appuyée ? Deux théories ont, à des époques différentes, séduit nos juges. D'abord ils ont invoqué la personnalité des lois

(1) Pillet, *Droit International privé*, t. II, p. 605.

(2) Koeger, Seine, 30 janv. 1924, *Rev.*, 24, 389. G. Seine, 30 juillet 1923, C. Seine, 6 avril 1922, *Cl.* 22, 674; Devezeau, Seine, 17 mai 1918, *Cl.* 19, 263.

d'état et de capacité et, de ce que l'étranger résidant en France reste soumis à sa loi nationale, ils ont déduit que le jugement appliquant cette loi devait produire les mêmes effets que la loi elle-même. Ce fut le raisonnement de la Cour de cassation dans l'affaire Bulkley (1) célèbre pour le revirement de la jurisprudence sur le droit que peut avoir l'étrangère divorcée de se remarier sur notre territoire.

La deuxième théorie qui est la théorie actuelle justifie la doctrine de la jurisprudence par l'absence d'exécution forcée. Pour savoir si un jugement de divorce doit être soumis à la procédure de l'exequatur, il faudra se demander si l'on a l'intention de procéder à des actes d'exécution forcée. Ainsi la transcription d'un jugement de divorce sur les registres de l'état civil n'est pas un acte d'exécution (2). L'exécution n'est pas nécessairement la mainmise sur les biens. Elle peut consister dans un obstacle mis par le jugement étranger à l'exercice d'un droit en France. Chaque fois, donc, que l'on se prévaut en France d'un jugement étranger, on tire de ce jugement un des effets qu'il comporte et l'on peut dire que l'on procède à l'exécution de ce jugement, même dans les cas où l'on n'aboutit pas directement à l'emploi de la force publique. M. Pillet qui a si bien démontré combien la distinction faite par nos juges était illusoire, la remplace par une distinction entre les jugements à effet absolu qui seraient valables sans exequatur et les jugements à effet relatif. Les juge-

(1) Bulkley. Cass., 23 fév. 1860, S. 60, 1, 210.

(2) Cass., 4 déc. 1886, *Cl.* 86, 712.

ments de divorce et de séparation de corps qui ont pour objet d'attribuer à une personne un état qu'elle s'est vue obligée de réclamer à la justice entrent précisément dans la première catégorie (1).

Lorsque, suivant la théorie de la jurisprudence, il y a lieu de procéder à des actes d'exécution, on devra intenter une demande en exequatur. Pour que l'exequatur soit accordé les conditions suivantes doivent être réalisées :

1°) Le jugement doit être régulier en la forme et posséder la force exécutoire dans le pays où il a été rendu.

2°) Le jugement doit avoir appliqué la loi compétente suivant le système français en matière de conflits de lois. Ainsi un jugement de divorce rendu à l'étranger entre deux Français, pour une cause non admise par la loi française, ne sera pas susceptible d'être revêtu de l'exequatur. Le cas s'est présenté pour des époux français divorcés par consentement mutuel dans la République de San Salvador (2). La règle ne causera aucun préjudice aux époux anglais ou américains, par exemple, divorcés suivant la loi en vigueur dans le pays de leur domicile étranger : nos tribunaux, appliquant la doctrine du renvoi, considéreront ces époux comme divorcés suivant leur loi nationale.

3°) Le jugement étranger ne doit pas être contraire à l'ordre public français. Ainsi un jugement de divorce auquel le défendeur a acquiescé ne pourra pas recevoir

(1) Pillet, *Droit International privé*, t. II, p. 600.

(2) Malaud, *Seine*, 2 mai 1918, *Cl.* 18, 1182.

l'exequatur en France. Il en sera de même d'un jugement contraire à celui qu'a prononcé ou que pourra prononcer un tribunal français saisi du même litige (1), ou d'un jugement contenant une prohibition de se remarier, ou de se remarier avant un certain délai, ou avec une certaine personne, ou sans l'autorisation d'une tierce personne (2).

On a l'habitude de joindre à ces trois conditions une quatrième suivant laquelle le jugement doit émaner des juges nationaux des parties en cause. Nous avons vu, à propos de la reconnaissance sans exequatur des jugements d'état et de capacité, ce qu'il faut penser de cette condition. La jurisprudence ne l'exige plus, car elle rendrait impossible l'exequatur de jugements prononçant le divorce d'époux français. Peut-être serait-il plus juste de dire que le principe d'après lequel le jugement étranger doit émaner d'un juge compétent pour être susceptible d'être revêtu de l'exequatur, n'a pas été abandonné : ce sont les idées sur la compétence qui ont évolué, ainsi que nous l'avons vu en étudiant les conflits de cet ordre.

Le tribunal saisi de la demande d'exequatur ne rendra pas un jugement nouveau. Il importe de le faire nettement remarquer. C'est la sentence étrangère elle-même qui sera pourvue de la force exécutoire sur le

(1) Negrotto, Cass., 10 mars 1914, D. P., 1917, 1, 137.

(2) Zetchevitch, Tribunal civil de Marseille, 25 nov. 1925. *Cl.* 26, 388 Le divorce avait été prononcé entre époux serbes par l'autorité religieuse en Serbie et un nouveau mariage subordonné à l'autorisation de l'évêque.

territoire français. Cela exclut-il pour nos juges tout droit de contrôle sur le fond du procès ? Nullement. Ils ont le droit et même le devoir de n'autoriser l'exécution du jugement qu'autant que celui-ci est conforme aux règles du droit et de l'équité. Mais leur rôle s'arrête là. Après examen du fond et de la forme, le tribunal ne peut qu'accorder ou refuser l'exequatur. S'il l'accorde, il n'a pas le pouvoir de modifier la sentence étrangère (1).

Des conventions qui, entre autres objets, ont pour but de faciliter l'exécution des jugements, ont été passées par la France avec quelques pays. Elles sont, on le sait, au nombre de trois : la convention franco-sarde de 1760 complétée par la déclaration du 11 sept. 1860, la convention franco-suisse de 1869 et la convention franco-belge de 1899. Vis-à-vis de ces trois pays le droit de révision de nos juges est donc supprimé. Les tribunaux n'entreront pas dans la discussion du fond de l'affaire, mais, ils conservent naturellement le droit de refuser l'exequatur si le jugement émane d'une juridiction incompétente, si les droits de la défense n'ont pas été respectés ou si les règles du droit public ou les intérêts de l'ordre public s'y opposent.

Des doutes se sont élevés sur l'application du traité franco-suisse aux actions en divorce et en séparation de corps. Nous renvoyons à ce que nous avons dit à ce propos dans le chapitre sur les conflits de compétence. Les jugements français accordant l'exequatur à des ju-

(1) Paris, 13 fév. 1925, D. P., 1926, 2, 3 ; Trib. Civ. de Marseille, 25 nov. 1925. *Cl.* 26, 388.

gements suisses de divorce, rendus entre époux français, se sont inspirés tantôt du traité, tantôt des principes généraux.

Belgique. — La doctrine et la jurisprudence reconnaissant en principe l'autorité des jugements rendus entre étrangers qui émanent de tribunaux étrangers statuant sur l'état et la capacité de leurs nationaux. Un jugement d'exequatur n'est pas nécessaire lorsqu'il n'est requis de l'autorité belge aucun concours d'exécution matérielle (1).

S'il s'agit d'un jugement concernant l'état et la capacité d'un belge, un jugement d'exequatur est nécessaire (2).

Italie. — Avant la réforme de 1919 un système très libéral régnait en Italie en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers. Ces jugements pouvaient être déclarés exécutoires après un simple examen de forme, sous la seule réserve de ce qui a trait à l'ordre public et sans condition de réciprocité.

Le décret-loi du 20 juillet 1919, modifiant l'art. 941 C. P. C. pose d'abord, pour que le jugement étranger puisse être déclaré exécutoire, des conditions nouvelles relatives à la compétence. Nous nous bornerons à signaler qu'alors que l'ancien texte exigeait seulement que le jugement eût été rendu par une autorité judi-

(1) Poulet, *Manuel de Droit International privé belge*, p. 576.

(2) Trib. Civ. de Bruxelles. *Rev. pratique du Notariat*, 1924, 317.

ciaire compétente, le nouvel article veut que le juge étranger ait été compétent, 1^o) suivant le droit interne étranger, 2^o) suivant les principes du droit international, 3^o) suivant les principes du droit interne italien lorsqu'il s'agit d'un national italien.

Si le jugement a été rendu par défaut, la Cour procède à un examen *au fond* du litige.

Il faut encore que le jugement puisse être rendu exécutoire, que d'autres conditions particulières soient réunies. Elles ont trait à l'ordre public, la chose jugée, la litispendance, la sauvegarde des droits de la défense. Nous ne nous occuperons ici que de la notion d'ordre public à laquelle se rattache étroitement la question de l'exécution en Italie des jugements étrangers de divorces.

Mais d'abord le jugement d'exequatur (*giudizio di delibazione*) est-il nécessaire lorsqu'il s'agit de reconnaître la valeur juridique d'un jugement et non de procéder à des actes d'exécution? M. Diena (1) incline à le croire et il cite un passage du « *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile* », t. V, n^{os} 28-29, de M. Mortara sur la proposition de qui a été précisément rendu le décret-loi du 20 juillet 1919 : « Aussi bien en exerçant l'action résultant d'un jugement qu'en opposant l'exception de chose jugée, on a des formes d'exécution d'un jugement, car l'un et l'autre sont la conséquence de l'autorité qui appartient à celui-ci à titre d'acte de juridiction ».

(1) Diena, *Sur l'exécution des jugements étrangers en Italie et notamment dans les rapports avec la France.*, Cl. 1922, 19.

Comment se traduit, à l'heure actuelle, en Italie, la notion de l'ordre public par rapport au divorce? Il semble qu'on puisse la résumer ainsi :

1° Les jugements étrangers qui prononcent le divorce entre citoyens italiens ne peuvent pas être rendus exécutoires en Italie, puisque la loi nationale des parties s'y oppose (Ap., Venise, 31 mars 1922., F. V. 1923,76).

2° Les jugements étrangers qui prononcent le divorce entre parties pour lesquelles le divorce doit être admis en vertu de la Convention de La Haye doivent être rendus exécutoires en Italie (Ap., Venise, 29 décembre 1922, F. V. 23,83).

3° Les jugements étrangers qui prononcent le divorce entre conjoints tous deux de nationalité autre que la nationalité italienne et qui n'appartiennent pas non plus à l'un des pays signataires de la Convention de La Haye, devront être rendus exécutoires indépendamment du traité et en vertu des principes généraux. Depuis que l'Italie a adhéré à la Convention de La Haye le divorce ne peut plus être considéré comme une institution inconciliable avec l'ordre public italien (1).

La notion d'ordre public ne pourra donc être invoquée que lorsqu'il s'agira de nationaux italiens. Encore fera-t-on plutôt valoir pour refuser l'exequatur la contradiction entre le jugement étranger et le statut

(1) Anzilotti, *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*; Mario Ghiron, *L'esecuzione delle sentenze straniere in Italia*. *Riv. di diritto internazionale*, 1926, 296.

personnel de l'Italien. Si l'Italien a valablement acquis une nationalité nouvelle et perdu la nationalité italienne, le jugement d'exequatur sera obtenu.

On sait que les naturalisations à l'étranger ont permis à l'innombrables Italiens d'obtenir leur divorce. L'acquisition de la nationalité fiumaine a été le moyen le plus facile et le plus souvent employé. Le rattachement de Fiume au territoire italien (décret royal du 22 février 1924) a mis fin à cette pratique trop aisée. Néanmoins les divorces d'ex-italiens continuent. Les anciens moyens (naturalisations hongroise ou suisse) ont retrouvé la faveur dont ils jouissaient. Rappelons que les époux doivent avoir non seulement acquis la nationalité étrangère, mais perdu la nationalité italienne. Pour la perdre valablement ils doivent avoir établi leur résidence à l'étranger (1). La preuve de cette résidence pourra être fournie grâce : 1^e à la déclaration d'émigration souscrite en Italie ; 2^o au certificat de domicile obtenu à l'étranger. Il ne suffit pas — notons-le — que seul le mari ait obtenu la naturalisation à l'étranger. Si la femme ne l'a pas suivi dans sa nouvelle résidence, elle est restée italienne, et le jugement de divorce obtenu par le mari à l'étranger ne saurait être rendu exécutoire en Italie (2).

(1) Art. 8 de la loi sur la nationalité italienne du 13 juin 1912. Cass., Turin, 11 avril 1921. Perelli, c/Benzoni, *Cl.* 1922, 194. Les époux s'étaient fait naturaliser hongrois, mais n'avaient pas perdu leur nationalité italienne primitive, faute d'avoir transporté leur résidence à l'étranger.

(2) Ap. Florence, 10 mai 1923, Pareto c/Bakounine, *Cl.* 1923, 1021.

S'il n'y a eu acquisition d'une nationalité étrangère que de la part d'un seul des époux et que cet époux ait pris la nationalité d'un des pays signataires de la Convention de La Haye, le refus d'exequatur en Italie du jugement de divorce découlera de l'application de l'art. 8 de la Convention : la dernière législation commune était la législation italienne.

On sait que d'après la Convention de La Haye, l'époque à laquelle sont intervenus les faits motivant le divorce a une importance toute particulière. Les tribunaux italiens ont quelquefois érigé la règle de la Convention en principe général (*norma generale di diritto pubblico interno*) et la Cour d'Appel de Gênes (1) a refusé l'exequatur à un jugement de divorce prononcé à Fiume basé sur des faits qui avaient eu lieu sous l'empire d'une législation qui n'admettait pas le divorce. Mais à moins de deux mois de distance la Cour s'est déjugée (2).

Le nouveau texte de l'art. 941 C. P. C. attribue compétence pour prononcer l'exequatur à la Cour d'Appel dans le ressort de laquelle le jugement doit être exécuté. Cette formule a donné lieu à quelques difficultés pour les jugements de divorce. La Cour d'Appel de Milan accueillait favorablement les demandes d'exequatur et avait proclamé que l'exécution du jugement étranger pouvait être poursuivie dans « toute localité

(1) Ap., Gênes, 44 mai 1923. Trucco c/ Cambiaso, G. I., 1923, 1, 2, 318.

(2) Ap., Gênes, 14 août 1923. Karragiana c/Gonzagua, G. I., 1923, 1, 2, 478.

où l'époux divorcé invoque et fait valoir dans un but quelconque l'état de liberté dont il jouit désormais ». L'arrêt fut cassé par la Cour de Cassation de Turin (1^{er} août 1922) qui a proclamé que la localité dans laquelle doit se produire l'exécution d'un jugement de divorce rendu à l'étranger est celle où il faudra inscrire ce jugement en marge de l'acte de mariage. Si le mariage a été célébré à l'étranger la Cour d'Appel, dans le ressort de laquelle a été transcrit sur le registre des naissances l'acte de mariage sera, compétente pour accorder l'exequatur (1).

Convention franco-sarde de 1760. — Les dispositions nouvelles du C. P. C. ne peuvent pas porter atteinte aux traités internationaux. La France, par conséquent, conserve comme par le passé, les droits que lui assure la convention franco-sarde de 1860. La Cour italienne à laquelle l'exécution est demandée devra s'abstenir de toute révision au fond et ne faire porter son examen que sur les points suivants :

1^o La décision émane-t-elle d'une juridiction compétente ?

2^o A-t-elle été rendue entre personnes dûment citées et légalement représentées ou défaillantes.

3^o Les règles du droit public et les intérêts de l'ordre public ne s'opposent-ils pas à l'exécution.

Suisse. — On sait qu'il n'existe pas de Code de procédure civile fédéral. La matière de l'exécution des

(1) *Cl.* 1923, 391.

jugements est donc réglée pour chaque canton par son code particulier.

Toutefois, en ce qui concerne les jugements de divorce, il existe au titre final du C. C. suisse, art. 59, 7, g. une disposition législative générale visant la reconnaissance des jugements de divorce, rendus entre époux suisses habitant l'étranger. « Lorsque le divorce d'époux suisses habitant l'étranger a été prononcé par le juge qui est compétent aux termes de la loi de leur domicile, ce divorce est reconnu en Suisse même s'il ne répond pas aux exigences de la loi fédérale. » Trois conditions cependant doivent être remplies : 1^o les conjoints doivent être réellement domiciliés à l'étranger, bien que le texte dise « habitant » ; 2^o le juge doit avoir été compétent suivant la loi étrangère ; 3^o le jugement ne doit pas être contraire à l'ordre public suisse. Ainsi il ne faudrait pas qu'une action semblable se trouve pendante entre les mêmes parties au for du lieu d'origine suisse.

Allemagne. — Le droit allemand distingue nettement entre la reconnaissance et l'exécution d'un jugement. L'art. 328 Z. P. O. pose les conditions dans lesquelles un jugement étranger doit être reconnu en Allemagne ; l'art. 722 règle la question de l'exécution forcée qui ne pourra avoir lieu sans un jugement d'exequatur (Vollstreckungsurteil). Ce jugement n'est nécessaire que si l'on veut procéder à des actes d'exécution. La transcription sur le registre d'état civil n'est pas un acte d'exécution et un jugement d'exequatur n'est

pas nécessaire pour permettre de l'effectuer (1). L'officier d'état civil aura à se rendre compte si le jugement répond aux exigences de l'art. 328 Z. P. O. ou de l'art. 7 de la Convention de La Haye.

Pour être reconnu en Allemagne le jugement étranger devra avoir été rendu par un tribunal compétent suivant la loi allemande et ne pas être contraire aux bonnes mœurs ou aller à l'encontre du but d'une loi allemande (Art. 328, Z. P. O., al. 1 et 4).

En principe la réciprocité doit exister, mais, lorsque le jugement n'a pas trait à une prétention d'ordre pécuniaire, l'absence de réciprocité de la part des tribunaux du pays étranger n'est prise en considération que si, d'après la loi allemande, il y avait un tribunal compétent en Allemagne. Ainsi, par exemple, le divorce, prononcé dans leur pays, d'époux de nationalité tchécoslovaque, sera reconnu en Allemagne même si le mari a un domicile dans le Reich, parce que les tribunaux tchécoslovaques sont seuls compétents dans les causes intéressant l'état de leurs nationaux (Art. 81, E. O. autrichien du 27 mai 1896, art. 606, al. 4, Z. P. O. allemand) (2). On se rappelle que, suivant l'art. 606, Z. P. O. il y a une juridiction compétente en Allemagne lorsque le mari est allemand ou a perdu la nationalité du Reich sans en acquérir une autre ou bien lorsque, tout en ayant perdu la nationalité du Reich et acquis une autre nationalité, sa femme a conservé la nationalité allemande.

(1) R. G., 18 mai 1916, R. G., n° 88 (1917), n° 61, p. 244.

(2) R. G., 5 janv. 1925, Cl. 26, 173.

Lorsque le jugement concerne l'état d'allemands ou d'une partie allemande, aux conditions que nous venons d'énumérer s'en ajoute une nouvelle : il ne doit pas avoir été contrevenu au désavantage d'une partie allemande aux dispositions réglant les conflits des lois de l'art. 17, E. G.

Autriche. — Les conditions dans lesquelles sont reconnus en Autriche les jugements étrangers concernant l'état et la capacité d'un étranger ne sont pas réglées par la loi. Les art. 79 et seq. E. O. ne se rapportent qu'à l'exécution forcée. La mention par exemple d'un jugement de divorce sur le registre des mariages (Traungsbuch) n'est pas un acte d'exécution. Quand cette mention pourra-t-elle avoir lieu et, d'une manière générale, à quelles conditions les tribunaux autrichiens reconnaîtront-ils les jugements concernant l'état des étrangers ?

Ces jugements seront reconnus en Autriche lorsqu'ils auront été rendus par la juridiction compétente d'après le droit national de la personne dont l'état est en jeu, avec la restriction imposée par l'ordre public (1).

Au contraire, les jugements rendus à l'étranger sur l'état et la capacité d'un sujet autrichien ne sont pas reconnus en Autriche, parce que les tribunaux autrichiens sont seuls compétents pour rendre ces jugements. Cette compétence exclusive des tribunaux au-

(1) 21 février 1911, Giunf., 5374. Junker Fuchs, n° 91 ; 23 déc. 1912, Junker Fuchs, n° 109 ; 27 mai 1913, Giunf., 64, 61, J. F., n° 113 ; Walker, *Op. cit.*, p. 635.

trichiens en matière de statut personnel de sujets autrichiens se déduit de l'art. 81, E. O., suivant lequel « l'exequatur est refusé, bien que les conditions mentionnées aux art. 79 et 80 soient vérifiées, lorsque le titre exécutoire concerne l'état d'un sujet autrichien ou doit être exécuté contre ce dernier ». Cette disposition a une importance plus grande que sa place ne l'indique. Elle a trait non seulement à l'exécution, mais à la reconnaissance. Le droit autrichien part du principe que dans toutes les causes matrimoniales concernant les sujets autrichiens la compétence appartient aux juridictions nationales (1), et dans une autre décision nous lisons : « D'après une doctrine et une pratique judiciaire bien établies ce sont exclusivement les tribunaux nationaux qui ont à statuer sur le divorce des sujets autrichiens et à appliquer les dispositions du C. C. autrichien sur le divorce (2). » Ainsi tout jugement intervenu à l'étranger concernant l'état d'un sujet autrichien est sans valeur en Autriche.

Que doit-on penser du jugement de divorce obtenu par un époux catholique autrichien séparé de corps qui s'est fait naturaliser hongrois ? L'ancienne jurisprudence ne reconnaissait pas ce divorce et une partie de la doctrine est encore de cet avis (3). Mais un revirement a eu lieu en 1907 et les tribunaux autrichiens tout en reconnaissant à présent le divorce de cet époux, valablement prononcé par ses juges nationaux, ne re-

(1) 4 juillet 1914, *Giunf*, 5 525.

(2) 10 juin 1902, *J. Fuchs*, n° 15.

(3) *Krainz-Pfaff*, 5, 90.

culent pas devant la conséquence logique de l'application de leurs principes : l'époux resté autrichien demeure engagé dans les liens du mariage (1).

B. — PAYS OÙ IL N'Y A PAS D'ACTION EN EXEQUATUR

Angleterre. — En Angleterre, comme aux Etats-Unis, il n'existe pas d'action en exequatur ou en révision des jugements étrangers. Le divorce prononcé par un tribunal étranger compétent produit en Angleterre les mêmes effets qu'un divorce anglais. Tout se ramène à une question de compétence.

Le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel les parties sont domiciliées (2). A cette règle, la jurisprudence anglaise apporte l'atténuation suivante : le divorce prononcé par un tribunal autre que celui du domicile des parties sera reconnu dans les cas où il serait tenu pour valable dans le pays du domicile (3).

Quelquefois, en présence d'un jugement de divorce rendu par un tribunal dans le ressort duquel les parties n'étaient pas domiciliées les juges ont allégué comme motif subsidiaire pour refuser la reconnaissance que la procédure n'avait pas en fait (actual notice) été portée à la connaissance de l'époux défendeur. Nous le voyons dans l'affaire Rudd (4), où le mari domicilié en Angleterre avait abandonné sa femme et obtenu aux Etats-

(1) Walker, *Op. cit.*, p. 637.

(2) Le Mesurier *c/id.*, 1875, A. C., 517. Voir *Conflits de Comp.*, p. 242.

(3) Dicey, p. 468; Pillet, *Op. cit.*, t. I, p. 638.

(4) Rudd, *c/id.*, 1924, P. 73.

Unis un jugement de divorce par défaut sans que la femme ait été touchée par l'assignation. La femme, de son côté, introduisit, en Angleterre, une action en restitution de droits conjugaux. Le Ministère Public semble avoir été d'avis que la seule question à décider était si oui ou non il y avait eu changement de domicile. Le juge, tout en décidant qu'il n'y avait pas eu changement, basa également son jugement ordonnant la restitution des droits conjugaux sur le fait que la femme n'avait pas eu connaissance de la procédure et cité à l'appui la décision dans l'affaire *Pemberton c/Hughes* 1899, I, Ch. 781.

Il est, certes, indispensable que les droits de la défense soient respectés. Mais lorsque la citation a été régulière, peu importe qu'il y ait « substituted service » au lieu d'assignation à personne puisque la loi le permet et la seule question à trancher, croyons-nous, est celle du domicile.

Etats-Unis. — Nous avons vu à propos des conflits de compétence qu'aux Etats-Unis, en matière de divorce et de séparation de corps, le critérium général de compétence était le domicile des parties. Nous avons vu également que chaque Etat se trouvait sur son territoire souverain juge de la notion de domicile et que certains Etats permettaient plus aisément que d'autres d'acquérir un domicile en vue d'intenter une action en divorce. C'est cette diversité des notions du domicile qui a contribué à faire accréditer la légende de la facilité des divorces aux Etats-Unis. Mais nous n'avons

examiné là qu'une face du problème. Ces jugements rendus par les tribunaux d'un Etat où souvent une seule des parties, généralement la partie demanderesse, est domiciliée, valables dans l'Etat où ils sont rendus, seront-ils reconnus par les Etats frères? Problème délicat entre tous et qui soulève une infinité de questions graves relatives à la validité d'un second mariage, la légitimité des enfants issus de la nouvelle union, le douaire, les droits de succession, etc.

Nous allons l'examiner maintenant et après avoir passé en revue les diverses solutions données pour la reconnaissance d'un jugement rendu dans un Etat frère, nous verrons quelles sont les conditions de reconnaissance aux Etats-Unis d'un jugement émanant d'un tribunal étranger.

I. — Jugement émanant du tribunal d'un Etat frère

La reconnaissance est fondée sur la compétence du tribunal qui a rendu le jugement. Cette compétence n'est pas la compétence locale, mais la compétence internationale ou, si l'on aime mieux, interprovinciale. On ne saurait en effet trop insister sur ce qui a été dit plus haut : chaque Etat a le droit de déterminer les conditions de compétence de ses propres tribunaux, de déclarer, par exemple, qu'un époux résidant depuis un an sur son territoire a acquis un domicile lui permettant d'intenter une action en divorce contre son conjoint qui a gardé son domicile dans un autre Etat. Il ne s'ensuivra nullement qu'un jugement rendu dans ces

circonstances sera considéré ailleurs comme rendu par le tribunal compétent et reconnu de ce fait.

A quelle condition cette compétence interprovinciale sera-t-elle établie et le jugement reconnu ? La divergence de vues qui règne à cet égard entre les Etats tient aux opinions différentes que suscite la nature de l'action en divorce et elle se ramène, le plus souvent, comme on le verra, à une question de procédure. On sait que les actions se classent en actions « *in personam* » et actions « *in rem* », qu'une action « *in personam* » a pour but d'imposer une obligation à la personne, tandis qu'une action « *in rem* » vise la propriété du défendeur ou une chose quelconque située dans l'étendue du ressort de la Cour. Pour qu'un jugement rendu sur une action « *in personam* » soit reconnu dans un autre Etat il faut que l'assignation ait été signifiée à personne et dans l'étendue du ressort territorial de la Cour ou bien que le défendeur ait volontairement comparu (*personal service within the territorial limits of the Court's jurisdiction or voluntary appearance*). S'il s'agit au contraire d'un jugement « *in rem* », on présume que le défendeur se tient au courant de ce qui touche à sa propriété et on exige seulement pour la validité extra-territoriale du jugement que l'instance ait été portée à la connaissance du défendeur dans les formes prescrites par la loi locale, le plus souvent par publication dans un journal.

Les actions en divorce et en séparation de corps ne rentrent pas exactement dans l'une ou l'autre catégorie. Leur objet est l'état (*status*) de la personne et cet état

constitue la « res ». Mais il entre en même temps dans l'action un élément personnel. Aussi désigne-t-on le plus souvent ce genre d'actions par le nom d'actions « quasi-in rem ». Suivant qu'un Etat dans sa conception du divorce fera prédominer l'élément personnel ou l'élément réel, il exigera pour reconnaître un jugement rendu par le tribunal d'un Etat frère que la procédure ait été portée à la connaissance du défendeur par un moyen plus ou moins efficace. Ainsi dans l'Etat de New-York, l'élément personnel prend tant d'importance qu'un jugement de divorce obtenu dans un Etat où seul le demandeur était domicilié ne sera pas reconnu à moins que le défendeur n'ait comparu ou que l'assignation n'ait été signifiée à personne dans l'étendue territoriale du ressort de la Cour. Au contraire de nombreux Etats du centre (Iowa, Minnesota, Ohio, Indiana, Kansas) sont d'avis que pour conférer compétence à une Cour sur la « res » il suffit qu'une des parties soit domiciliée dans son ressort et que l'assignation soit publiée dans une feuille locale.

On commettrait toutefois une erreur si l'on croyait que la reconnaissance dépend en tous points de l'arbitraire des Etats particuliers. L'art. IV de la Constitution fédérale veut qu'une entière confiance et un entier crédit soient faits aux jugements (*full faith and credit clause*). La Cour Suprême des Etats-Unis a par suite été appelée à décider à quels jugements s'appliquait cet article. Une jurisprudence assez abondante va nous permettre de dégager quelques principes certains. Nous examinerons les trois catégories d'es-

pèces qui pourront se présenter : 1^o) les deux parties sont domiciliées sur le territoire de l'Etat qui rend le jugement ; 2^o) ni l'une ni l'autre n'y est domiciliée ; 3^o) une seule — généralement la partie demanderesse — y est domiciliée.

1^o Les deux parties sont domiciliées.

Ce cas n'offre aucune difficulté. Le tribunal a compétence entière sur la « res » et le jugement rendu sera efficace partout (1).

2^o Ni l'une ni l'autre des parties n'est domiciliée.

Un citoyen d'un Etat se rend dans un autre Etat, pour pouvoir plus aisément divorcer, sans acquérir dans cet Etat un véritable domicile. Le tribunal de cet Etat est incompétent et un Etat frère ne serait pas tenu de reconnaître un jugement rendu par lui. C'est ce que la Cour Suprême a décidé dans les affaires Bell (2), Streitwolf (3) et Andrews (4). Les jugements des deux premières furent rendues par défaut, mais dans la troisième le défendeur comparut, reconnaissant ainsi la juridiction de la Cour. Néanmoins, la Cour Suprême, déclara que la reconnaissance de pareil jugement n'est pas obligatoire en vertu de l'art. IV de la Constitution fédérale. Notons que ce même jugement serait probablement considéré comme valable par les tribunaux de l'Etat de New-York, partisans de la théorie qui voit dans le divorce une procédure principalement « in

(1) Minor, *Conflict of Laws*, par. 89, 90.

(2) Oct. 1900, 181, U. S., 175.

(3) Oct. 1900, 181, U. S., 179.

(4) Janvier 1903, 188, U. S., 14.

personam ». La soumission volontaire des deux parties à un tribunal étranger rendrait compétent ce tribunal et le jugement rendu dans ces conditions serait reconnu (5).

3^o Une seule des parties est domiciliée.

C'est l'hypothèse qui engendre le plus de difficultés dans la pratique. Le cas est de nature à se présenter fréquemment en raison de la théorie qui, aux Etats-Unis, accorde à la femme le droit d'avoir dans certaines circonstances un domicile distinct de celui de son mari.

Examinons les règles applicables aux différentes espèces qui peuvent se présenter :

a) Le divorce est prononcé par le tribunal du « domicile matrimonial ».

Cette notion de domicile matrimonial est fortement ancrée dans la jurisprudence de la Cour Suprême, qui entend par là le lieu où les époux habitaient ensemble au moment où la cause de divorce s'est produite, en somme le dernier domicile commun des époux. Le jugement rendu par ce tribunal jouit d'une faveur particulière. Sa validité extra-territoriale sera reconnue même si l'on n'a employé pour porter l'instance à la connaissance du défendeur que les formes prescrites par la loi locale. Les tribunaux des Etats frères seront tenus de lui faire application de l'art. 4 de la Constitution des Etats-Unis, de lui accorder une entière confiance et de lui faire un entier crédit. C'est ce qui

(5) Kinnier, 45, N. Y., 535.

ressort de l'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire Atherton (1). Les époux étaient domiciliés dans le Kentucky. La femme abandonna le mari pour aller résider à New-York. Le mari demanda et obtint le divorce des tribunaux de Kentucky, pour abandon du domicile conjugal. L'instance avait été portée à la connaissance de la femme dans les formes prescrites par la loi du Kentucky. Entre temps la femme demandait le divorce de son côté ; les tribunaux de New-York se déclarèrent compétents parce que la demanderesse était domiciliée dans leur ressort et ils le prononcèrent en sa faveur. Porté devant la Cour Suprême, le litige fut tranché en faveur du mari et des tribunaux du Kentucky où les époux avaient eu leur « matrimonial domicile ». La doctrine de l'arrêt Atherton a été confirmée plus récemment par l'arrêt Thompson (2). Le domicile matrimonial était dans l'Etat de Virginie. La femme avait abandonné son mari qui obtint le divorce contre elle en Virginie avec publication de l'assignation suivant les exigences de la loi locale. La femme qui était alors domiciliée dans le District de Colombie introduisit une action en « maintenance », à laquelle le mari opposa le jugement de divorce. La Cour de Colombie donna gain de cause à la femme, mais la Cour d'Appel reforma le jugement et le pourvoi formé par la femme devant la Cour Suprême des Etats-Unis fut rejeté pour le motif que le jugement du tribunal de Virginie était protégé par la clause d'entière confiance et d'entier crédit.

(1) Avril 1901, 181, U. S., 155.

(2) Janv. 1913, 226, U. S., 551.

b) Le divorce est prononcé par un tribunal autre que celui du domicile matrimonial, le demandeur étant domicilié et le défendeur comparaisant, ou l'assignation ayant signifiée à personne dans l'étendue territoriale du ressort de la Cour.

La Cour suprême a jugé que la clause d'entière confiance et d'entier crédit jouait (1).

c) Le divorce est prononcé par un tribunal autre que celui du domicile matrimonial, le demandeur étant domicilié et le défendeur faisant défaut, tandis que l'assignation n'a pas été signifiée à personne dans l'étendue territoriale du ressort de la Cour.

Le jugement ne sera pas protégé par la clause d'entière confiance et d'entier crédit. La Cour Suprême en décida ainsi dans l'affaire Haddock (2) qui confirme sa jurisprudence dans l'affaire Atherton et en constitue en quelque sorte la contre-partie. Le domicile matrimonial était à New-York. Le mari avait abandonné sa femme pour aller habiter le Connecticut où il avait obtenu contre elle un divorce rendu sur publication de l'assignation, comme le lui permettait la loi du Connecticut. La femme avait demandé entre temps le divorce à New-York. La Cour suprême jugea que le tribunal de New-York n'était pas obligé d'accorder une entière confiance et de faire un entier crédit au jugement du Connecticut.

d) Le jugement qui ne jouit pas de la protection de l'art. IV de la Constitution fédérale, peut néanmoins

(1) Déc. 1869, 9 Wall., 123.

(2) Oct. 1905, 201, U. S., 562.

être reconnu par un Etat frère en vertu des principes de la « Comity » (1). Celle-ci a été définie « non pas une obligation absolue ni une pure courtoisie ou un simple bon vouloir, mais la reconnaissance accordée sur son territoire par une nation aux actes du pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire d'une autre nation, en ayant égard à la fois aux devoirs et convenances internationaux et aux droits de ses propres citoyens ou des autres personnes se trouvant sous la protection de ses lois » (2). Chaque Etat sera juge des conditions dans lesquelles la reconnaissance par la « Comity » jouera, et cela dépendra le plus souvent de la doctrine qu'il aura adoptée en ce qui concerne la nature « in rem » ou « in personam » des actions en divorce. A noter que les tribunaux de New-York refusent le plus souvent de reconnaître des divorces, même accordés pour adultère, lorsque le défendeur a fait défaut et que l'assignation n'a pas été signifiée à personne dans l'étendue territoriale du ressort de la Cour (3).

e) La validité d'un jugement est mise en cause dans un Etat tiers qui n'est ni celui où le jugement a été rendu, ni l'Etat où l'une des parties était domiciliée lorsque le jugement a été rendu. Les tribunaux de New-York, pour apprécier la compétence du tribunal qui a rendu le jugement, se référeront à la loi du domicile des parties, ou de la partie defenderesse, si les

(1) Haddock, précité.

(2) Gillespie, *Supreme Court of Errors of Conn.*, 1914, *Cl.* 1916, 297.

(3) *Columbia Law Rev.*, 1923, 469.

domiciles étaient distincts au moment du jugement. C'est une application de la doctrine connue sous le nom de « renvoi » : les juges du for adoptent la règle de droit international privé du domicile des parties. C'est ce que décide une espèce récente, l'affaire Dean(1) Le domicile matrimonial était au Canada. Le mari alla habiter en Pensylvanie où il établit son domicile et obtint le divorce en sa faveur. La femme qui était restée au Canada se rendit alors à New-York où elle demanda à son tour le divorce. Le défendeur opposa à la demande le jugement de Pensylvanie. La Cour d'Appel jugea que puisque le jugement de Pensylvanie ne serait par reconnu au Canada, domicile de la défenderesse lors de la première instance, les tribunaux de New-York ne devraient pas le reconnaître.

II. Jugement émanant du tribunal d'un Etat étranger

Le jugement de divorce ou de séparation rendu par le tribunal d'un Etat étranger ne sera pas obligatoirement reconnu aux Etats-Unis comme le serait la décision émanant du tribunal d'un Etat frère dans les cas où joue la clause d'entière confiance et d'entier crédit. Néanmoins ce jugement pourra être reconnu en vertu des principes de la « Comity », telle que nous l'avons définie plus haut. Chaque Etat demeure seul juge des circonstances dans lesquelles doit s'exercer cette « Comity » et son attitude dépendra, comme nous

(1) 24 N. Y., 250, 149, N. E., 844. *Yale Law Rev*, 1926, 372.

l'avons déjà dit, de la doctrine adoptée par ses tribunaux sur la nature « in rem » ou « in personam » des actions qui nous intéressent.

Lorsque les deux parties étaient domiciliées dans le ressort du tribunal, celui-ci ayant eu une entière juridiction sur la « res », le jugement a bien des chances d'être reconnu aux Etats-Unis dans toute l'étendue du territoire (1). La question de savoir si les tribunaux américains font prévaloir la qualification américaine ou étrangère du domicile est sans intérêt, car dès l'instant où le jugement étranger a déclaré les parties domiciliées, ces tribunaux se refusent à soumettre le point à un nouvel examen (2).

Une décision très importante, parce qu'elle est la seule, croyons-nous jusqu'à présent où des juges américains aient eu à se prononcer sur la validité d'un jugement de divorce français rendu entre parties américaines, la décision de l'affaire Gould (3), a fait une application particulièrement libérale de la doctrine de la « Comity ». Les juges français avaient déclaré les parties domiciliées à New-York et, pour retenir l'affaire, paraissent s'être basés principalement sur le fait que l'époux qui soulevait l'exception d'incompétence avait manifesté dès le début l'intention de se soumettre à la

(1) Quelques lois toutefois contiennent des dispositions tendant à refuser tout effet aux jugements étrangers accordant le divorce pour des causes qui ne sont pas reconnues par la loi locale.

(2) Ch. Beach, *American Bar Association Journal*, 1925, 26.

(3) 275, N. Y., 138, N. E., 490, *Yale Law. Rev.*, 1922-23, 842; Cass., Req., 8 déc. 1920, *Cl.* 1921, 518.

juridiction française : il avait en effet lui-même préalablement intenté une action en divorce devant le tribunal de Versailles. Bien que le jugement ait été rendu entre les parties seulement résidentes, la Cour d'Appel de New-York estima qu'on devait lui reconnaître l'autorité de la chose jugée et débouta de sa demande la partie qui avait introduit une nouvelle action.

Vu :

Le Président de la Thèse,

HENRY LÉVY-ULLMANN

Vu : pour le doyen en mission,

L'Assesseur

H. TRUCHY

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLETY.

ADDENDUM

Alors que ce volume était sous presse, la Cour de Cassation (14 mars 1928, D. H. 1928, 1. 253) a rendu son arrêt dans la deuxième affaire Ferrari. Le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Lyon du 17 décembre 1925 a été rejeté. Ainsi, les lois françaises sur l'état et la capacité régissent les Français qui recouvrent cette qualité comme ceux qui ne l'ont jamais perdue.

Deux autres points de droit ont reçu une solution intéressante. L'arrêt attaqué n'a pas attribué abusivement un effet rétroactif au décret de réintégration en comprenant dans l'enquête des faits accomplis antérieurement à la date du décret, c'est-à-dire sous l'empire de la loi italienne. S'il s'est fondé sur des faits antérieurs, la conséquence juridique de ces faits — l'atteinte profonde et permanente au lien matrimonial rendant la vie commune intolérable — subsistait encore au moment de la demande en divorce. On peut rapprocher cette solution de l'interprétation communément donnée par la doctrine allemande de l'al. 2 de l'art. 17 E. G., lorsque la cause de divorce est la folie de la femme et que la maladie a commencé antérieurement au changement de nationalité du mari, sous l'empire d'une loi qui ne connaît pas cette cause de divorce (Cf., p. 286).

Le pourvoi, dit le même arrêt, n'est pas mieux fondé à prétendre que la Cour aurait dû borner son enquête aux faits postérieurs à la séparation de corps, parce que les faits antérieurs auraient déjà été déduits en justice. En effet, l'arrêt attaqué déclare que la séparation intervenue entre les époux présente, nonobstant l'homologation judiciaire, un caractère amiable. Les causes de mésintelligence ne peuvent donc être considérés comme déduits en justice.

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES OUVRAGES CONSULTÉS

- ADDISON. — On Torts.
- ANTIER. — La survivance de la seconde coutume de Paris et le droit civil du Bas Canada, 1923.
- ANZILOTTI. — Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio.
- AUBRY et RAU. — Droit civil, 1897-1922.
- AUDINET. — Principes élémentaires de droit international privé, 1906.
- BARTIN. — Cours professé à la Faculté de Droit de Paris, 1926-27.
- BASDEVANT. — Recueil des Traités et Conventions en vigueur entre la France et les puissances étrangères, 1918-1922.
- T. BATY. — Polarized Law, 1914.
- BAUDRY LACANTINERIE. — Précis de Droit Civil, 1922.
- BRISAUD. — Manuel d'Histoire du droit français, 1900.
- BRODIE-INNES. — Comparative principles of the laws of England and Scotland, 1903.
- G. CABY. — Le principe de l'indissolubilité du mariage et la séparation de corps en droit italien, 1924.
- CALBAIRAC. — La nationalité de la femme mariée, 1926.
- CHÉNON. — Histoire générale du Droit français, 1926.
- DECLAREUEL. — Rome et l'organisation du droit, 1924.
- DICEY and BERRIEDALE KEITH. — A digest of the law of England with reference to the conflict of laws, 1922.
- ESMEIN. — Le mariage en droit canonique, 1900.
- EVERSLEY. — Law of domestic relation, 1926.
- GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain, 1924.
- E. GLASSON. — Histoire du droit et des Institutions de l'Angleterre, 1883.
- HARNACK. — Dogmengeschichte, 1922.

- HOLDSWORTH. — A History of English Law, 9 vol., 1903-1925.
- HÜBER. — System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 1886-1893.
- JENKS. — Digeste de Droit civil anglais 1923.
- A short History of English Law, 1921.
- C. JIRECEK. — Geschichte der Serben, 1912.
- CORPUS JURIS. — A complete and systematic statement of the whole body of the law, as embodied in and developed by all reported decisions (The American Law Book Co., 1922).
- LEE. — An Introduction to Roman Dutch Law, 1915. Le droit romano-hollandais de nos jours. Bulletin de la Société de Législation comparée, janvier-mars, 1928, p. 87.
- LEIPSIUS. — Der attische Process, 1883-87.
- LESKE-LÖWENFELD. — Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, 1895-1904.
- LÉVY-ULLMANN. — Le droit écossais, 1924 (Extrait du bulletin de la Société de Législation comparée).
- Eléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques.
- Vol. II Le système juridique anglais, 1928.
- Livre du Centenaire du Code civil.
- Livre du Cinquantenaire de la Société de Législation comparée.
- MAASDORP. — Institutes of Cape Law. 1922.
- MIGNAULT. — Droit civil canadien, 1895-1900.
- MINOR. — Conflict of laws, 1901.
- PACIFICI-MAZZONI. — Istituzioni di diritto civile italiano, 1914-1924.
- PFÄFF-KRAINZ-EHRENZWEIG. — System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1915-1917.
- PILLET. — Droit international privé, 1923.
- PILLET et NIBOYET. — Manuel de droit international privé, 1924.
- PLANIOL et RIPERT. — Droit Civil, 1925.
- POULLET. — Manuel de droit international privé belge, 1925.
- PRIOU. — Le divorce et la séparation de corps en droit allemand, 1923.
- Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche.
- RENTON and PHILLIMORE. — Comparative law of marriage and divorce, 1910.
- ROGUIN. — Traité du droit civil comparé. Le mariage, 1904.
- ROSSEL et MENTHA. — Droit civil suisse.
- SECRÉTAN. — Le divorce et la séparation de corps dans les relations franco-suisse. Journal des tribunaux et revue judiciaire, juillet-août 1925.

- SEDGWICK. — Measure of damages, 1920.
 SEEBERG. — Lehrbuch der Dogmengeschichte, 1913.
 SPECIAL REPORTS of the CENSUS. — Marriage and Divorce, 1867-1906.
 STUBENRAUCH. — Commentar zum österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch, 1902-03.
 SURVILLE et ARTHUYS. — Droit international privé, 1925.
 TARRAGATO E. — El divorcio in las legislaciones comparadas, 1925.
 TISSIER. — Rapport sur l'extension des causes du divorce. Bulletin d'études législatives, 1906.
 TRAVERS. — La Convention de La Haye relative au divorce et à la séparation de corps, 1909.
 ERNST TROELTSCH. — Die Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt.
 TUNICA GOLDSCHMIDT. — Sammlung. Berlin-Leipzig, 1926.
 VAN DER LINDEN. — Verhandelng over de Judicieele Practijcq in Holland, 1794.
 VAN ZYL. — The Judicial Practice of South Africa.
 VIOLLET. — Histoire du droit civil français, 1905.
 WALKER. — Internationales Privatrecht.
 ZAMFIRESCO. — Les origines du droit privé roumain, 1923.
 ZHISMAN. — Das Eherecht der orientalischen Kirche, 1864.
 ZILKENS-PFEIFFHOFFEN. Das Verschuldungsprinzip.
 ZITELMANN. — Internationales Privatrecht, 1913.

TABLE DES PÉRIODIQUES ET RECUEILS DE JURISPRUDENCE (*abréviations usuelles*)

- American Bar Association Journal.
 Annuaire de législation étrangère (*Ann.*).
 Arrêts du Tribunal fédéral (*T. F.*).
 Bulletin de l'Institut belge de droit comparé.
 Bulletin de la législation turque (Ministère de la Justice).
 Bulletin de la société de législation comparée.
 Columbia Law Review.
 Dalloz. Recueil périodique et critique (*D. P.*).
 Dalloz. Recueil hebdomadaire de jurisprudence (*D. H.*).
 Deutsche Juristenzeitung (*D. J.*).
 Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes (Autriche).

Entscheidungen des Reichsgerichts (*R. G.*).
Foro italiano (*F. I.*).
Gazette des tribunaux.
Giurisprudenza italiana (*G. I.*).
Grotius.
Journal de droit international privé (*Cl.*).
Juristische Wochenschrift.
Law Reports. Probate, Divorce and Admiralty (*P.*).
Mews Digest.
Monitore dei tribunali (*M. T.*).
New Zealand Law Reports.
Revue de droit international privé (*Rev.*).
Rivista di diritto internazionale.
Seufferts Archiv.
Sirey. Recueil général des lois et arrêts (*S.*).
South African Law Reports (*S. A. L. R.*).
United States Reports. Supreme Court (*U. S.*).
Victoria Law Reports (*V. L. R.*).
Warneyers Zeitschrift.
Yale Law Review.
Zeitschrift für internationale Privat und Strafrecht (*Böhms Z.*).

Nous n'avons pas cru devoir établir une table spéciale des textes législatifs cités. On les trouvera mentionnés au fur et à mesure sous les rubriques auxquelles ils se réfèrent.

La référence dans l'Annuaire de Législation étrangère aux lois des pays étrangers concernant le divorce et la séparation de corps se trouve aux pages 44, 45 et 46 de l'ouvrage.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
Les différentes conceptions du mariage et leur influence sur le droit du divorce.....	1
Conception religieuse. Conception contractuelle. Conception sociale.....	1
CHAPITRE I. — Phases diverses de l'évolution du mariage...	1
I. — L'Antiquité.....	1
Le droit hébraïque. La Grèce. Rome. Les coutumes germaniques.....	3
II. — Le Christianisme.....	5
III. — La Réforme.....	11
IV. — Le XVIII ^e siècle et les Idées rationalistes.....	13
V. — La réaction du XIX ^e siècle.....	15
VI. — Conclusion. Les tendances extrémistes d'aujourd'hui.....	16
CHAPITRE II. — Evolution particulière dans les différents Etats d'Europe et les régions colonisées par les Européens	18
a) Groupe catholique.....	18
France, Belgique, Italie, Espagne, Autriche, Canada français.....	18
b) Groupe protestant.....	25
Allemagne, Cantons suisses, Hollande, Le Cap, Ceylan. Guyane anglaise, Pays scandinaves....	25
c) Groupe orthodoxe.....	25
Grèce, Serbie, Roumanie, Russie des Czars.....	32
d) Groupe anglo-saxon.....	34
Angleterre, Ecosse, Irlande, Etats-Unis, Canada anglais.....	34

PREMIÈRE PARTIE

Droit comparé

CHAPITRE I. — Les causes du divorce et de la séparation de corps dans le droit contemporain.....	43
A. — <i>Causes supposant toujours une faute chez le défendeur</i>	43
1. Adultère.....	44
Dommages-intérêts dus par le complice..	47
2. Abandon.....	57
Séparation de fait.....	73
3. Sévices.....	80
4. Injures graves.....	89
5. Condamnation pénale ou délit infamant....	94
6. Non-accomplissement du devoir d'entretien de la famille.....	99
B. — <i>Causes ne supposant pas toujours la faute d'un des conjoints</i>	100
7. Faits rendant la vie commune intolérable..	100
8. Aliénation mentale.....	108
9. Autres maladies.....	115
10. Abus de boissons alcooliques ou de stupéfiants.....	117
11. Impuissance.....	118
12. Consentement mutuel.....	118
Validité des conventions de séparation...	118
CHAPITRE II. — Effets du divorce ou de la séparation.....	134
A. — <i>Questions se rattachant à la séparation de corps comme au divorce</i>	134
1. Aliments et régime des biens.....	134
2. Garde des enfants.....	160
B. — <i>Questions se rattachant uniquement au divorce</i>	167
3. Nom de la femme divorcée.....	167
4. Nouveau mariage.....	170
CHAPITRE III. — Fins de non-recevoir à l'action en divorce ou en séparation.....	175
1. Pardon ou réconciliation.....	176
2. Complicité dans l'adultère.....	183

3. Réciprocité des torts ou compensation.....	184
4. Prescription.....	189
5. Collusion.....	192

CHAPITRE IV. — Cessation du divorce et de la séparation de corps et conversion de la séparation en divorce.....	193
---	-----

DEUXIÈME PARTIE

Droit international privé.

CHAPITRE I. — Conflits de Compétence ou de Juridiction.....	206
A. — <i>Système fondant la compétence sur la nationalité...</i>	206
France.....	206
Le système français est <i>en théorie</i> le plus rap- proché du principe non-mitigé de la nationa- lité. Tendance de la jurisprudence à élargir sa compétence en faveur des étrangers.....	206
a) Les deux époux sont français domiciliés à l'étranger.....	207
b) L'un des époux est français, l'autre est étranger. Application des art. 14 et 15	209
c) Les deux époux étrangers sont domiciliés de fait en France.....	212
d) Cas particuliers de compétence.....	214
1. Domicile autorisé.....	215
2. Traités et conventions	218
e) Divorces d'étrangers soumis à des lois con- fessionnelles	218
B. — <i>Système fondant la compétence sur la reconnaissance de cette compétence dans le pays d'origine</i>	227
Suisse.....	227
Les tribunaux suisses sont compétents entre époux étrangers domiciliés si les lois ou la jurisprudence du pays d'origine recon- naissent cette juridiction, art. 61, chiffre 7, litt. n du tit. fin. C. C. S.....	227
Quels pays accordent la reconnaissance ?...	228
Le Traité franco-suisse	229

La Convention de La Haye	233
Epoux suisses domiciliés à l'étranger.....	234
Allemagne	235
Les tribunaux allemands sont compétents entre époux étrangers domiciliés si leur compétence est reconnue par la législation du pays auquel ressortit le mari ; art. 606 Z. O. P.....	235
Quels pays reconnaîtront cette compétence ?.	236
Cas où le mariage n'est pas valable dans le pays d'origine du mari	237
Cas où l'un des époux est étranger et l'autre heimatlos	237
Convention de La Haye.....	238
Suède.....	239
Les tribunaux suédois seront compétents entre époux étrangers domiciliés si leur compé- tence est reconnue par la législation natio- nale des époux. L. du 8 juillet 1904 modifiée par la L., du 12 novembre 1915.....	239
Convention de La Haye.....	240
Hongrie.....	240
Les tribunaux hongrois sont compétents entre étrangers si leur compétence est reconnue par les tribunaux nationaux des époux. art. 116 L. XXXI de 1894	240
Convention de La Haye.....	241
C. — <i>Système fondant la compétence sur le domicile.....</i>	242
Angleterre	242
1. Compétence des tribunaux anglais en ma- tière de divorce (Le Mesurier c/id).....	242
Portée des exceptions Stathatos c/id et De Montaigu c/id.....	243
2. Compétence en matière de séparation de corps et de restitution des droits conju- gaux (Armytage c/id).....	245
3. Cas du co-respondent domicilié à l'étranger. Les théories écossaises. (Lord Advocate c/Jaffrey)	248
Dominions. Les divorces coloniaux.....	249

Etats-Unis	251
Des règles de compétence peuvent être édic- tées par chaque Etat	251
La compétence internationale ou interprovin- ciale	252
Belgique	252
Les tribunaux belges sont compétents entre époux étrangers lorsque le défendeur a en Belgique un domicile ou une résidence....	252
Hollande	253
La juridiction compétente est le tribunal de l'arrondissement où le mari est domicilié (art. 262, C. C. néerlandais)	253
Convention de La Haye	253
Autriche	254
Les tribunaux autrichiens sont compétents entre étrangers lorsque leur dernier domi- cile commun est en Autriche	254
Jurisprudence fondant la compétence du tri- bunal sur la prorogation volontaire de juri- diction (C. Suprême, 14 décembre 1909)....	254
CHAPITRE II. — Conflit de Lois	256
A. — <i>Système de la loi nationale</i>	256
France	256
1. Droit au divorce et causes. Adoption de la loi nationale des époux aussi bien pour le droit au divorce ou à la séparation que pour ses causes	256
2. Effets du divorce. Difficultés spéciales au nouveau mariage du divorcé. (Montoriol). ..	260
3. Conversion de la séparation de corps en divorce (Ferrari, Inglis)	264
4. Epoux de nationalité différente	266
a) Changement de nationalité d'un époux (Ménabréa. Ferrari)	266
b) Réintégration dans la nationalité fran- çaise (De Graffenried, Inglis, Ferrari) ..	269
c) Epoux qui n'ont jamais eu la même na- tionalité (Amaral Bastos, Gabison, Gu- glielmi)	270

Belgique	272
Même jurisprudence qu'en France.....	272
Décisions relatives à l'ordre public (Trib. Civ. de Bruxelles, 3 janvier 1923, Cour d'Appel de Bruxelles, 13 juillet 1921)	272
Italie	273
Adoption de la loi nationale (art. 6, C. C. ital.)	
L'ordre public fait obstacle à ce que des époux introduisent une demande en divorce devant les tribunaux italiens.....	273
Convention de La Haye	275
Abolition du divorce dans les nouvelles pro- vinces.....	276
Suisse	276
1. Droit au divorce et causes. Application de la loi nationale.....	226
2. Effets. Application du droit suisse. Indem- nité de l'art. 151.....	277
3. Epoux de nationalité différente.....	278
Hongrie.....	280
Adoption de la loi nationale.....	280
Divorces dits de Klausenburg.....	281
Convention de La Haye.....	281
B. — <i>Système du cumul de la loi nationale et de la loi du for</i>	282
Allemagne.....	282
1. Droit au divorce (art. 17, E. G.).....	282
2. Peut-on prononcer en Allemagne la sépa- ration de corps entre étrangers?.....	283
3. Causes du divorce.....	285
4. Effets du divorce.....	287
Convention de La Haye.....	287
Suède.....	288
Loi du 8 juillet 1904 modifiée par la loi du 12 novembre 1915. Les dispositions de cette loi sont en grande partie calquées sur celles de la Convention de La Haye.....	288
C. — <i>Système de la loi du for</i>	290
Angleterre, Etats-Unis.....	290
Jour sous lequel se présente la question des	

conflits de lois. Il n'est possible aux tribunaux d'appliquer que la <i>lex fori</i> et cette loi sera valablement appliquée chaque fois que les tribunaux seront compétents. Le conflit de lois se ramène à un conflit de juridiction.....	290
Hollande.....	292
Application de la <i>lex fori</i> à cause du caractère d'ordre public des dispositions concernant le mariage (Hte. Cour, 13 déc. 1907).....	292
Incertitude dans la jurisprudence.....	293
Convention de La Haye.....	294
Autriche.....	295
Application de la <i>lex fori</i> à cause du caractère d'ordre public des dispositions concernant le mariage.....	295
Nature positive de l'ordre public. Divorce d'étrangers auxquels leur loi nationale ne permet pas le divorce ou ne le permet que pour des causes différentes (Ex. : divorce par consentement mutuel d'époux juifs hongrois).....	295
Tchécoslovaquie.....	296
Pays tchèques : Système de droit international privé autrichien.....	296
Slovaquie : Système de droit international privé hongrois.....	296
CHAPITRE III. — Reconnaissance et exécution des jugements étrangers en matière de divorce et de séparation de corps.	
A. — Pays où existe l' <i>exequatur</i>	297
France.....	297
Art. 2123 du C. C. et art. 546 C. pr. civ.....	297
L'autorité de la chose jugée et la force exécutoire.....	297
Absence de nécessité d' <i>exequatur</i> pour les jugements d'état et de capacité.....	298
Nécessité de l' <i>exequatur</i> lorsqu'on veut procéder à des actes d'exécution.....	300
Conditions d'octroi de l' <i>exequatur</i> . Examen de la forme et du fond.....	301

Conventions franco-sarde, franco-suisse et franco-belge.....	303
Belgique.....	304
Les jugements rendus entre étrangers sont reconnus sans que l'exequatur soit nécessaire lorsqu'il ne s'agit pas de procéder à des actes d'exécution.....	304
Les jugements concernant l'état et la capacité d'un Belge doivent être revêtus de l'exequatur.....	304
Italie.....	304
Réformes de 1919. Conditions relatives à la compétence du juge étranger et à l'ordre public.....	304
L'ordre public s'oppose à ce que l'on rende exécutoire en Italie un jugement de divorce de citoyens italiens.....	305
Doivent au contraire être rendus exécutoires dans le royaume les jugements prononçant le divorce entre parties pour lesquelles le divorce est admis en vertu de la Convention de La Haye. Il en sera de même pour les jugements rendus entre nationaux de pays non signataires de la Convention : depuis que l'Italie a adhéré à la Convention, le divorce ne peut plus être considéré comme inconciliable avec l'ordre public italien...	306
Convention franco-sarde.....	309
Suisse.....	309
Pas de Code de procédure civile fédéral....	309
Au titre final du C. civil (art. 59, 7, g) une disposition vise la reconnaissance des divorces d'époux suisses habitant l'étranger lorsque le juge était compétent suivant la loi du domicile.....	309
Allemagne.....	310
Distinction faite entre la reconnaissance d'un jugement (328, Z. P. O.) et l'exequatur qui ne sera nécessaire que si l'on veut procéder à des actes d'exécution.....	310
Conditions de la reconnaissance.....	310

Autriche.....	312
S'il s'agit d'un étranger, le jugement rendu par un tribunal compétent suivant la loi nationale de cet étranger sera reconnue en Autriche. Au contraire, s'il s'agit de l'état ou de la capacité d'un sujet autrichien le jugement ne sera pas reconnu parce que les tribunaux autrichiens sont seuls compétents.....	312
Cas du jugement de divorce obtenu par un époux catholique autrichien séparé de corps et naturalisé hongrois.....	312
B. — <i>Pays où il n'y a pas d'action en exequatur</i>	314
Angleterre	314
Pas d'action en révision des jugements étrangers. Le jugement de divorce ou de séparation prononcé à l'étranger est reconnu en Angleterre comme un divorce anglais s'il a été prononcé par le tribunal étranger compétent.....	314
Condition de la compétence : les parties doivent avoir été domiciliées.....	314
Etats-Unis.....	315
Même absence de jugement en revision qu'en Angleterre	315
Le critérium de la compétence est le domicile des parties.....	315
Différentes notions du domicile dans les Etats.....	315
I. A quelles conditions les jugements, valables dans l'Etat où ils sont rendus, seront-ils reconnus par un Etat frère ? Différents cas à envisager.....	316
1 ^o Les deux parties étaient domiciliées dans l'Etat qui a rendu le jugement....	316
2 ^o Ni l'une ni l'autre des parties n'était domiciliée.....	319
3 ^o Une seule des parties était domiciliée..	320
II. A quelles conditions est reconnu le jugement émanant du tribunal d'un Etat étranger ?.....	324

Saint-Amand (Cher). — Imprimerie R. BUSSIÈRE — 10-5-1928.
